

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Strafrechtelijke ontruiming kraakpand)

Brouwer, J.G.; Schilder, A.E.

2012

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Brouwer, J. G., & Schilder, A. E., (2012). *Case note: Hoge Raad (Strafrechtelijke ontruiming kraakpand)*, No. 350, Oct 28, 2011. (Administratiefrechtelijke beslissingen; Vol. 2012, No. 42).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

AB 2012/350: Strafrechtelijke ontruiming kraakpand.

[Klik hier om het document te openen in een browser venster](#)

Instantie:	Hoge Raad (Civiele kamer)	Datum:	28 oktober 2011
Magistraten:	Mrs. E.J. Numann, J.C. van Oven, W.A.M. van Schendel, C.A. Streefkerk, C.E. Drion	Zaaknr:	10/05147
Conclusie:	A-G mr. J.L.R.A. Huydecoper	LJN:	BQ9880
Noot:	J.G. Brouwer en A.E. Schilder	Roepnaam:	-

Wetgeving: EVRM art. 8, 13; EVRM Eerste Protocol art. 1; Sr art. 138a; Sv art. 551a

Essentie

Strafrechtelijke ontruiming kraakpand.

Samenvatting

De ontruiming van een woning, ook als het een kraakpand betreft, vormt een zeer ernstige aantasting van het huisrecht; eenieder die het risico loopt op een dergelijke zeer vergaande inmenging in de uitoefening van zijn huisrecht moet in beginsel de mogelijkheid hebben de proportionaliteit van de maatregel te laten toetsen door een onafhankelijke rechter met het oog op beantwoording van de vraag of deze inbreuk in concreto voldoet aan de eisen van art. 8 EVRM. Daarbij gaat het erom dat toereikende procedurele waarborgen dienen te bestaan dat degene op wiens huisrecht een inbreuk wordt gemaakt of dreigt te worden gemaakt, de proportionaliteit van de maatregel aan de rechter kan voorleggen.

De vraag die in deze zaak de kern van het geschil uitmaakt is of de kraker die met ontruiming op de voet van art. 551a Sv wordt bedreigd (steeds) in de gelegenheid moet zijn deze maatregel aan de rechter voor te leggen voordat de ontruiming wordt geëffectueerd.

Daarvoor moet volgens de Hoge Raad beoordeeld worden of zonder een dergelijke voorafgaande rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de (dreigende) schending van art. 8 EVRM wordt voldaan aan het vereiste dat de betrokkene in een dergelijk geval een 'daadwerkelijk rechtsmiddel' ('effective remedy', 'recours effectif') als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste moet staan.

Naar vaste rechtspraak van het EHRM volstaat voor de aanspraak op een 'effective remedy' in het kader van art. 13 EVRM niet dat een persoon stelt dat zijn door het EVRM gewaarborgd recht dreigt te worden geschonden, maar dient het te gaan om een verdedigbare klacht ('arguable claim' of 'arguable complaint'). Dat betekent hier dat de betrokkene moet kunnen aantonen dat een ongerechtvaardigde inbreuk dreigt te worden gemaakt op zijn door art. 8 EVRM gewaarborgde huisrecht. Of een zodanige verdedigbare klacht bestaat, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de aard en het belang van het ingeroepen recht, de ernst van de inbreuk, de mate waarin door de voorgenomen maatregel de legitieme belangen van derden worden beschermd, de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de vestiging in de 'woning' ('home') en de mate waarin redres mogelijk is.

Het hof heeft geoordeeld dat de gevolgen van een ontruiming van verweerder c.s. op de voet van art. 551a Sv onomkeerbaar zijn, in die zin dat zij na ontruiming niet meer in de woning zullen kunnen terugkeren. Dit oordeel wordt in het principale beroep bestreden, doch tevergeefs. Het oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is, als berustende op een waardering van de omstandigheden van het geval, van feitelijke aard. Het oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is voldoende gemotiveerd. Daarbij heeft het hof in aanmerking kunnen nemen dat bij een strafrechtelijke ontruiming een civielrechtelijke titel voor het verblijf zal ontbreken, waardoor terugkeer in de woning niet voor de hand ligt.

Het is aan de onafhankelijke rechter om te onderzoeken of de in abstracto door de wetgever gegeven voorrang aan het belang van de openbare orde, het beëindigen van strafbare feiten en de bescherming van de rechten van derden boven het huisrecht van de kraker, in het concrete geval de proportionaliteitstoets kan doorstaan. Die

belangenafweging kan alleen plaatsvinden als de kraker feiten of omstandigheden aanvoert en aannemelijk maakt die in het concrete geval tot een andere dan de door de wetgever gemaakte afweging nopen, waarbij als uitgangspunt zal hebben te gelden dat een eigenaar het recht heeft om over zijn pand te beschikken zoals hij wil. Het hof heeft geoordeeld dat uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming van het huisrecht de ontruiming van verweerder c.s. in beginsel slechts kan plaatsvinden nadat de krakers het oordeel van de voorzieningenrechter in eerste aanleg over de rechtmatigheid van de ontruiming hebben kunnen inroepen, dat het OM wel de uitkomst daarvan moet afwachten, maar niet de uitkomst van een eventueel daartegen door de kraker(s) ingesteld hoger beroep behoeft af te wachten, dat voor de effectiviteit van het rechtsmiddel is vereist dat, behoudens bijzondere omstandigheden, de ontruiming op een zodanig tijdstip wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is om een kort geding aanhangig te maken en dat, bij gebreke van een regeling terzake in de Wet kraken en leegstand, slechts nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM een voldoende waarborg dienaangaande bieden.

Die oordelen zijn juist; in het bijzonder miskennen zij niet het voorschrift van art. 13 EVRM. Met art. 551a Sv is beoogd de destijds bestaande strafvorderlijke ontruimingspraktijk te bestendigen, waarbij om redenen van proportionaliteit niet zelden een ontruiming werd aangezegd, de uitkomst van een kort geding werd afgewacht en een redelijke ontruimingstermijn werd gelaten, maar waarbij een vast en algemeen beleid van het OM ontbrak. Daarbij geldt dat onder bijzondere omstandigheden, zoals indien de openbare veiligheid tot onverwijld ontruiming noopt, niet aan (elk van) de gestelde vereisten behoeft te worden voldaan.

Vervolgens gaat de Hoge Raad nog in op de beleidsbrief die het College van procureurs-generaal heeft opgesteld over het voorlopig te volgen beleid bij voorgenomen strafrechtelijke ontruiming (Stcrt. 2010, nr. 19500). De in deze brief vervatte op art. 551a Sv gebaseerde beleidsregels voldoen aan de hiervoor geformuleerde vereisten, ook in dit opzicht dat men van die gepubliceerde regels, al zijn deze niet in een wet in formele zin vastgelegd, kan kennisnemen en met voldoende zekerheid zijn gedrag daarop kan afstemmen en zij aldus kunnen worden aangemerkt als 'bij de wet voorzien' als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM. De enkele omstandigheid dat deze regels niets inhouden over de wijze waarop moet worden omgegaan met aan de kraker toebehorende zaken die zich in het te ontruimen pand bevinden, maakt dit niet anders. Bij een deugdelijk vooraf aangekondigde ontruiming op de voet van art. 551a Sv zal in het algemeen zijn voldaan aan de door art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM verlangde procedurele waarborgen ter bescherming van (het ongestoorde genot van) het eigendomsrecht; het zal dan aan de kraker zijn de hem toebehorende zaken zelf (tijdig) te (doen) verwijderen. Bij gebreke daarvan kan de ontruimde zich in beginsel niet erover beklagen dat zijn bezittingen door OM en politie worden verwijderd. Het hof heeft zonder miskenning van art. 13 EVRM geoordeeld dat een kort geding in één instantie een voldoende effectief rechtsmiddel vormt ter bescherming van het huisrecht van de krakers en dat voor een verdergaande bescherming geen noodzaak bestaat.

Partij(en)

De Staat der Nederlanden (Ministerie van Veiligheid en Justitie), eiser tot cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep, advocaten: aanvankelijk mr. G. Snijders, thans mr. M.W. Scheltema en mr. K. Teuben, tegen

1. verweester 1,
2. verweerder 2,
3. verweerder 3,
4. verweerder 4,
5. verweerder 5,
6. verweerder 6,
7. verweerder 7,
8. verweerder 8,

verweerders in cassatie, eisers in het incidentele cassatieberoep, advocaten: mr. M.A.R. Schuckink Kool, mr. M.F. van Hulst, mr. C.J.M. van den Brûle en mr. J.M.G. Hulsman.

Conclusie

Conclusie A-G mr. J.L.R.A. Huydecoper:

Feiten^[1] en procesverloop

1. In deze zaak wordt van de Hoge Raad (vooral) een principieel oordeel gevraagd over de wijze waarop de wet van 24 juli 2010, S.320 — de Wet kraken en leegstand — in praktijk mag worden gebracht (of, volgens de principaal verweerders in cassatie, niet in praktijk mag worden gebracht). Het feitelijke substraat is (betrekkelijk) eenvoudig. Voor de aan de Hoge Raad voorgelegde vragen geldt hetzelfde jammer genoeg niet.
2. Bij de Wet kraken en leegstand werden, met als ingangsdatum 1 oktober 2010, onder andere het huidige art. 138a Sr en art. 551a Sv ingevoerd.
De eerstgenoemde bepaling maakt het 'kraken' van woningen en gebouwen — omschreven als: het wederrechtelijk binnendringen daarvan, of het wederrechtelijk aldaar vertoeven — tot een strafbaar feit.^[2] Art. 551a Sv houdt in dat bij verdenking van overtreding van, onder andere, art. 138a Sr, opsporingsambtenaren 'de desbetreffende plaats' mogen betreden; en dat zij dan wie daar wederrechtelijk vertoeft mogen (doen) verwijderen, en ook alle ter plaatse aangetroffen voorwerpen mogen (doen) verwijderen.
3. De principaal verweerders in cassatie, verweerder c.s., stellen dat zij vermoeden dat de principaal eiser tot cassatie, de Staat (in dit geval verpersoonlijkt in het Staatsorgaan het OM) hen verdenkt van overtreding van art. 138a Sr en (daarom) mogelijk toepassing van art. 551a Sv in de zin heeft; en de Staat heeft die stelling niet betwist. In aansluiting hierop nemen verweerder c.s. het standpunt in dat zij ten aanzien van de ruimte(n) waarop de verdenking e.a. betrekking zou hebben, aanspraak hebben op 'huisrecht', oftewel op het o.a. in art. 8 EVRM tot uitdrukking komende recht op 'respect voor ... zijn woning'. Een ontruiming op de voet van art. 551a Sv zou volgens hen om verschillende redenen onverenigbaar zijn met dit recht, zoals dat in het licht van de rechtspraak van het EHRM moet worden uitgelegd.
4. Verweerder c.s.^[3] hebben de Staat in kort geding gedagvaard en gevorderd, kort gezegd, dat de Staat zou worden verboden om (te hunnen opzichte) aan art. 551a Sv toepassing te geven, (tenminste) totdat bij onherroepelijke rechterlijke beslissing zou zijn vastgesteld dat zij inderdaad wederrechtelijk in de desbetreffende ruimte(n) vertoefden.
Deze vordering werd in de eerste aanleg afgewezen. In hoger beroep oordeelde het hof echter dat met het oog op de rechtspraak van het EHRM moest worden aangenomen dat de Staat niet tot ontruiming mocht overgaan zo lang niet aan de betrokkenen de gelegenheid was geboden om tenminste in de eerste aanleg aan de kort-gedingrechter voor te leggen of voor de ontruiming een deugdelijke grond bestond. Bovendien oordeelde het hof dat er, op z'n minst in de vorm van deugdelijk vastgelegde en gepubliceerde bindende beleidsregels, duidelijk moest worden gemaakt welke ruimte er was voor het zich teweerstellen tegen een voorgenomen ontruiming op de voet van art. 551a Sv. Dat was nodig in verband met het vereiste, ingevolge het EVRM, dat de burger voor de handhaving van de bij het EVRM beschermde rechten een 'effective remedy' ter beschikking werd gesteld.
5. Namens de Staat is tegen het arrest van het hof tijdig^[4] en regelmatig cassatieberoep ingesteld. Verweerder c.s. voeren in cassatie verweer, en hebben onvoorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. Van de kant van de Staat is geconcludeerd tot verwerping van dat cassatieberoep. De wederzijdse standpunten zijn in — uitvoerige, maar alleszins verhelderende — schriftelijke toelichtingen nader uiteengezet. Er is schriftelijk gerepliceerd en gedupliceerd.

Bespreking van de cassatiemiddelen

6. Het lijkt mij goed om, voor ik de individuele klachten van de middelen bespreek, enige 'generale' beschouwingen neer te schrijven.
De eerste daarvan is dan deze, dat niet in geding is dat de wetgever kon besluiten om, op de voet van het huidige art. 138a Sr, het wederrechtelijk binnendringen van, c.q. vertoeven in woningen en gebouwen als 'kraken' strafbaar te stellen.^[5]

7. Met dat uitgangspunt voor ogen geldt vervolgens, dat de bevoegdheid van de Staat die hier in geding is, moet worden beoordeeld in de context van het recht (en soms: de verplichting) van de Overheid om bij constatering van dreigende of in gang zijnde strafbare feiten, handelend op te treden om het plegen daarvan te beletten of om daar een einde aan te maken.^[6.]
8. Hier moet ik een zijsprongetje maken: óf de Overheid de bevoegdheid bezit om zelfstandig — ik bedoel dan: zonder daarvoor een bijzondere titel, zoals rechterlijke uitspraak, te hebben — aan het plegen van strafbare feiten een eind te maken (en zo ja, wanneer en in welke vorm dat geoorloofd is) is een omstreden vraag.^[7.]

Wat betreft de ontruiming van 'gekraakte' ruimten is die vraag echter in HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010/213, m.nt. Mevis, rov. 3.3.1–3.5.4 onderzocht en met 'nee' beantwoord. Een van de doelstellingen die bij de totstandkoming van de Wet kraken en leegstand voor ogen stond was, het scheppen van een basis in de formele wet voor het doen beëindigen, door het OM (met inschakeling van de politie), van strafbaar 'kraken'.

Naar intern Nederlands recht is daarmee buiten twijfel gesteld dat de Overheid de bevoegdheid heeft om langs deze weg het voortgezette plegen van het strafbaar gestelde 'kraken' te beëindigen.

9. Of het noodzakelijk of opportuun is dat aan strafbare handelingen of de gevolgen daarvan meteen een einde kan worden gemaakt, zonder — bijvoorbeeld — vooraf machtiging of andersoortige toetsing van de rechter te verkrijgen, moet aan de hand van politieke afweging worden beoordeeld. Daarbij komt een scala aan maatschappelijke, juridische, ethische etc. factoren te pas. Vaststelling en weging van die factoren vormt bij uitstek het werkterrein van 'de politiek'.

Soms dringt de uitkomst zich als evident op: dat Overheidsingrijpen zonder voorafgaande toetsing legitiem is ter voorkoming van de voortzetting van strafbaar handelen waar ernstige maatschappelijke gevolgen mee verbonden zijn — brandgevaar, bijvoorbeeld — vergt niet zo'n heikle afweging. Of de Overheid ook verkeerd geparkeerde auto's moet mogen wegslepen, is misschien lastiger te beoordelen. Hoe 'kraken' in dit opzicht bejegend verdient te worden, behoort ongetwijfeld tot de meer omstreden politieke vraagstukken. Ik denk dat de rechter hier echter slechts kan vaststellen dat de desbetreffende afweging politiek is gemaakt; en dat de uitkomst — die allicht, zoals bij dergelijke politieke vragen in de rede ligt, omstreden is — gerespecteerd moet worden. (Zie overigens voetnoot 9 hierna.)

10. Vanuit dit perspectief bezien, strekken de vorderingen van verweerder c.s. ertoe, dat overtreders van art. 138a Sr, aan (art. 12 Grondwet en) art. 8 jo art. 13 EVRM een aanspraak zouden ontleenen om, in weerwil van het oordeel van de wetgever dat prompte beëindiging van het strafbare feit in kwestie de prioriteit verdiende die uit de nieuwe wettelijke bepalingen naar voren komt, het begaan van dat strafbare feit voort te zetten totdat (in de meest vergaande door verweerder c.s. verdedigde zienswijze) bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak is komen vast te staan dat er inderdaad van strafbare overtreding van die bepaling sprake is.

Hoewel ik niet op de voorhand wil uitsluiten dat het inderdaad zo is, laat de hier door mij gekozen benadering wel zien dat verweerder c.s. een uitgangspunt verdedigen dat men op het eerste gezicht als vérgaand zou kwalificeren: "ik mag pas worden gedwongen om met het plegen van een strafbaar feit op te houden, als buiten kijf staat (eventueel: na langdurig procederen) dat het inderdaad — al die tijd — een strafbaar feit was."

11. Op deze plaats weer een terzijde: verweerder c.s. verdedigen dat de inbreuken die door 'krakers' op de rechten van de 'werkelijke' rechthebbenden met betrekking tot het gebouw in kwestie worden gemaakt, als betrekkelijk gering zouden moeten worden beoordeeld; en dat die inbreuken bovendien zo niet gerechtvaardigd, dan toch begrijpelijk gemaakt worden door verschillende maatschappelijke factoren (onverminderd voortdurende woningnood, wachtlijsten en dergelijke).
12. Het gaat hier om feitelijke gegevens die door het hof niet in de beoordeling zijn 'meegenomen' (althans: waarover het hof geen vaststellingen heeft gedaan). De cassatie-instantie biedt maar een beperkte ruimte om dergelijke feitelijke gegevens alsnog in de beoordeling te betrekken.^[8.]

Misschien nog relevanter: het gaat hier bij uitstek om factoren die 'de politiek', bij de beoordeling of 'kraken' als maatschappelijk verschijnsel moest worden veroordeeld (door dat verschijnsel strafbaar te stellen en versneld ingrijpen daartegen mogelijk te maken), op juistheid, relevantie en gewicht had te beoordelen. Al zou de cassatie-instantie daarvoor bij een feitelijke context als het onderhavige wél de ruimte bieden, het is niet aan de rechter om bij de uitleg en toepassing van de wet zijn, 's rechters,

waardering van de relevante maatschappelijke factoren voor die de wetgever kennelijk gemaakt heeft, in de plaats te stellen.

13. Daarom denk ik dat in cassatie inderdaad uitgangspunt moet zijn dat de wetgever, op gronden die de rechter moet eerbiedigen, 'kraken' als strafbaar feit (en wel: als misdrijf) heeft benoemd; waarbij tevens is bepaald dat de strafrechtelijke handhavings-instanties, namelijk: het OM, bevoegd zijn overtreding van de desbetreffende strafbepaling te (helpen) keren door het (verdere) begaan ervan daadwerkelijk te beletten. De argumenten die verweerder c.s. in cassatie aanvoeren kunnen, voorzover zij ertoe strekken op de juistheid van deze keuze van de wetgever af te dingen of om de factoren die daarbij kennelijk zijn afgewogen, tegenover de rechter in een ander licht te plaatsen, volgens mij geen rol spelen.
14. De mate waarin deze argumenten wél aan bod kunnen komen bij de beoordeling of de door de wetgever gemaakte keuzes de toets aan art. 8 EVRM kunnen doorstaan, zal ik hieronder natuurlijk onder ogen zien. (Voor de nieuwsgierige lezer verwijs ik intussen nu al naar de in voetnoot 28 opgenomen citaten.) Het hiervóór betoogde strekt er echter toe dat voor de rechter uitgangspunt moet zijn dat het de wetgever is die heeft te beoordelen of hier een 'misstand' aan de orde is die de vormen van sanctionering nodig of wenselijk maakt, waartoe in dit geval is besloten.^[9.]
15. Vervolgens: verweerder c.s. benadrukken, en doen dat ongetwijfeld met recht, dat in de rechtspraak van het EHRM de bescherming die art. 8 EVRM biedt tegen verlies van de eigen woning een grote nadruk krijgt. In verschillende beslissingen van het EHRM lezen wij:
"The loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home. Any person at risk of an interference of this magnitude should in principle be able to have the proportionality of the measure determined by an independent tribunal in the light of the relevant principles under Article 8 of the Convention, notwithstanding that, under domestic law, his right of occupation has come to an end."^[10.]
16. Maar moeten wij die nadruk ook zo uitleggen dat — zoals verweerder c.s. verdedigen, en het hof in het bestreden arrest gedeeltelijk heeft geaccepteerd — de vergaande inbreuk op het 'huisrecht' zoals die in de aangehaalde overweging wordt aangeduid, alleen na (althans enige) voorafgaande rechterlijke toetsing toelaatbaar is?^[11.]
17. Ik denk dat de rechtspraak van het EHRM over art. 8 EVRM waarop de partijen, met verschillende invalshoeken, de aandacht hebben gevestigd, op deze vraag geen antwoord inhoudt. Het belangrijkste gegeven dat ik uit die rechtspraak opmaak is dit, dat er altijd aanspraak bestaat op een afweging van de belangen waarvoor art. 8 EVRM waakt; en dat er 'procedural safeguards' moeten bestaan dat die belangen naar behoren aan bod kunnen komen. Zoals het in rov. 83 van het arrest van het EHRM van 27 mei 2004, Appl. nr. 66746/01, *Connors c.s./VK*, wordt gezegd:
"In particular, the Court must examine whether the decision-making process leading to measures of interference was fair and such as to afford due respect to the interests safeguarded to the individual by Article 8 ..."
18. De bevinding dat niet aan de vereisten van art. 8 EVRM was voldaan, in de verschillende beslissingen van het EHRM over art. 8 die in dit verband zijn aangehaald, berust dan ook telkens daarop, dat in de desbetreffende gevallen niet, of in volstrekt ontoereikende mate, ruimte bestond om 'überhaupt' een effectief beroep te doen op het belang bij het individuele 'huisrecht' dat mede door art. 8 EVRM wordt beschermd.^[12.]
19. De vraag die in de onderhavige zaak centraal staat — die ik samenvat als: moet er ook een rechterlijke toetsing mogelijk zijn vóór de Overheid 'überhaupt' een daadwerkelijke inbreuk op het 'huisrecht' maakt (althans: een inbreuk in de vorm van ontruiming) — was in de zaken die de partijen hebben aangehaald niet aan de orde. Doorslaggevende aanwijzingen voor de opvatting die het EHRM hierover huldigt, zie ik in de desbetreffende beslissingen ook niet; met dien verstande dat daarin wel deze duidelijke aanwijzing te vinden is, dat daar waar geen wezenlijke inhoudelijke argumenten ten gunste van het 'huisrecht' (kunnen) worden aangevoerd, er geen bezwaar bestaat tegen afdoening bij wege van 'summary judgement'.^[13.]
20. In rov. 54 van het McCann-arrest staat immers:

"The court does not accept that the grant of the right to the occupier to raise an issue under Article 8 would have serious consequences for the functioning of the system or for the domestic law of landlord and tenant. As the minority of the House of Lords in Kay observed (see paragraph 28 above), it would be only in very exceptional cases that an applicant would succeed in raising an arguable case which would require a court to examine the issue; in the great majority of cases, an order for possession could continue to be made in summary proceedings."

21. Er is intussen wel rekening mee te houden dat het EVRM — en in het verlengde daarvan het EHRM — verlangt, in art. 13, dat de aangesloten staten waarborgen dat de onder het EVRM gewaarborgde rechten 'effectief' kunnen worden uitgeoefend. Dat betekent dat er effectieve middelen beschikbaar moeten zijn om voor die rechten 'op te komen'. Het spreekt echter wel vanzelf dat dat niet altijd middelen hoeven te zijn die ertoe strekken dat vóór de mogelijke inbreuk op het desbetreffende recht, het oordeel van de rechter kan worden ingeroepen. Er zijn immers legio gevallen waarin algemeen aanvaard is dat pas achteraf aan de rechter kan worden voorgelegd, of op initiatief van een partij kán worden voorgelegd, of de desbetreffende stappen gerechtvaardigd waren.^[14.] Het staat buiten kijf dat op die manier ingeleide inbreuken op de onder het EVRM gewaarborgde rechten niet alléén daarom — namelijk: omdat er niet van tevoren een volle rechterlijke toetsing aan te pas is gekomen — als met het EVRM strijdig zijn aan te merken.
22. Er zijn echter gevallen waarin aangenomen moet worden dat uitvoering van de desbetreffende inbreuk op de onder het EVRM gewaarborgde rechten niet mag plaatsvinden vóórdat er daadwerkelijke toegang tot een 'effective remedy' beschikbaar is geweest.
Ik maak dat op uit de ook door het hof (in rov. 4.4) aangehaalde uitspraak EHRM 5 februari 2002, Appl. nr. 51564/99, Conka c.s./België. In rov. 79 van die uitspraak, waarin het ging om aanhouding en opsluiting van vreemdelingen met het oog op uitzetting naar hun land van oorsprong (hier: Slowakije), zegt het EHRM:
"The Court considers that the notion of an effective remedy under Article 13 requires that the remedy may prevent the execution of measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible (see, mutatis mutandis, Jabari, cited above, § 50). Consequently, it is inconsistent with Article 13 for such measures to be executed before the national authorities have examined whether they are compatible with the Convention, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their obligations under this provision (see Chahal, cited above, p. 1870, § 145)."
23. In de beslissing waarnaar de aangehaalde overweging verwijst, EHRM 11 oktober 2000, Appl. nr. 40035/98, Jabari/Turkije, waarin het ging om uitzetting van een (Iraanse) vrouw die daardoor mogelijk bloot zou worden gesteld aan lijfstraffen of zelfs executie door steniging, overwoog het EHRM (in rov. 50):^[15.]
"In the Court's opinion, given the irreversible nature of the harm that might occur if the risk of torture or ill-treatment alleged materialised and the importance which it attaches to Article 3, the notion of an effective remedy under Article 13 requires independent and rigorous scrutiny of a claim that there exist substantial grounds for fearing a real risk of treatment contrary to Article 3 and the possibility of suspending the implementation of the measure impugned."
Een overweging van dezelfde strekking staat in rov. 79 van het Conka-arrest. Daar ging het, naar men zich zal herinneren, om arrestatie met het oog op uitzetting naar Slowakije, waarbij de mogelijkheid van onmenselijke behandeling die in de Jabari-zaak centraal stond, niet aan de orde was.
24. Ik denk daarom dat uit de rechtspraak van het EHRM inderdaad blijkt dat er, mits het om bepaalde ernstige en 'onomkeerbare' inbreuken op de door het EVRM gewaarborgde rechten gaat, aanspraak bestaat op een 'effective remedy' die gericht moet zijn op 'independent and rigorous scrutiny'^[16.] van de mogelijke aantasting van het recht in kwestie; en dat de 'remedy' ook de reële mogelijkheid moet bieden van opschorting ('suspension') van de bestreden maatregelen.
25. Bij de beoordeling van het vraagstuk van de 'effective remedy' is intussen nog dit van belang, dat het EHRM bestendig heeft aangenomen dat de aanspraak hierop slechts bestaat wanneer de betrokkene een 'arguable claim' heeft dat er werkelijk inbreuk op zijn rechten wordt gemaakt (of te vrezen is), zie

o.a. EHRM 20 juli 2010, Appl. nr. 4900/06, A/Nederland, rov. 155; EHRM 5 februari 2002, Appl. nr. 51564/99, Conka/België, rov. 76.^[17.]

Hier ligt overigens, onmiskenbaar, een cirkelredenering op de loer: het oordeel, min of meer a priori, dat er geen 'arguable claim' bestaat, zal meestal in de weg staan aan het als 'rigorous' bestempelde onderzoek waar art. 13 EVRM overigens in de desbetreffende gevallen aanspraak op geeft. Het zónder 'rigorous' onderzoek (be)oordelen of de zaak voldoende serieus is om wél voor dat onderzoek in aanmerking te komen, heeft dan ook iets inherent tegenstrijdigs in zich.^[18.]

26. Uit de zojuist aangehaalde vindplaatsen zal zijn gebleken (en het EHRM heeft ook bij herhaling expliciet geoordeeld) dat de omvang en indringendheid van de rechtsbescherming waar art. 13 EVRM aanspraak op geeft, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.^[19.] De ernst van de inbreuk, het belang dat aan het voor bescherming ingeroepen recht toekomt, de mate van (on)omkeerbaarheid van de bestreden maatregel én de mate waarin van een 'arguable case' sprake is, worden door het EHRM expliciet als relevante omstandigheden genoemd.
Daarnaast dient zich echter een scala aan andere variabelen aan: de mate waarin de 'inbreukmakende' maatregelen urgent zijn (of als urgent worden beoordeeld) en de mate waarin die maatregelen in de bescherming van legitieme belangen van derden voorzien (zodat 'suspension' met het oog op die belangen bezwaarlijk is), zijn voor de hand liggende voorbeelden (de in voetnoot 18 aangehaalde beslissing zinspeelt daar ook op).
27. Van de kant van verweerder c.s. wordt aangevoerd dat er rekening mee te houden is dat het OM de bevoegdheid die de wetgever in art. 551a Sv heeft toegekend, ten onrechte zou kunnen inzetten (namelijk: tegen partijen die tenslotte blijken, niet wederrechtelijk in het gebouw in kwestie te verblijven). Dat lijkt mij, met verschuldigde eerbied, geen relevant argument. Van de meeste bevoegdheden die de wet toekent, aan het OM of aan anderen, kán blijken dat die — laten wij hopen: een enkele keer — ten onrechte worden toegepast. Uiteraard moet daar dan tegen kunnen worden opgekomen — maar als argument om te betogen dat er altijd rechterlijke toetsing vooraf zou moeten plaatshebben, schiet dit argument tekort. Er zijn immers (legio) gevallen waarin tot uitgangspunt mag worden genomen dat de desbetreffende Overheidsorganen hun bevoegdheden correct en overeenkomstig de wet (zullen) uitoefenen. In zulke gevallen is de eis dat dat in elk voorkomend geval voorafgaandelijk door de rechter kan worden getoetst, allicht meestal disproportioneel.
28. Als het om 'kraken' gaat denk ik, dat de Overheid (en met name: de wetgever) het uitgangspunt mag betrekken, dat ten aanzien van degenen die van 'kraken' worden verdacht en uit dien hoofde aan de maatregel van art. 551a Sv worden blootgesteld, gewoonlijk gemakkelijk en ook voldoende betrouwbaar kan worden vastgesteld dat die inderdaad wederrechtelijk in het gekraakte pand vertoeven. Het volstaat daarvoor immers om vast te stellen wie de rechthebbende ten aanzien van het pand in kwestie is (wat meestal buiten redelijke twijfel kan worden vastgesteld); of dit degenen zijn die in het pand 'vertoeven' (idem); en zo niet, of deze personen een beroep doen op een plausibele titel die hun vertoeven aldaar niet-wederrechtelijk maakt (nogmaals: idem).^[20.]
29. Wanneer men dat inderdaad als een legitiem uitgangspunt aanvaardt, doet zich het in de vorige alinea omschreven geval voor: de kans dat de Overheidsorganen in kwestie een hun toegemeten bevoegdheid ten onrechte of anderszins verkeerd zullen gebruiken is dusdanig beperkt, dat die reden alléén geen basis oplevert om te verlangen, dat er in ieder voorkomend geval voldoende ruimte wordt geboden voor voorafgaande rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van het (voorgenomen) optreden.
30. Zoals hiervóór al even ter sprake kwam, wordt in de rechtspraak van het EHRM over de mate waarin 'effective remedies' beschikbaar moeten zijn, niet alleen aan de ernst van de desbetreffende inbreuken op de beschermende bepalingen van het EVRM het nodige gewicht toegekend, maar ook aan de (on)omkeerbaarheid van die inbreuken. In dat verband is er op te wijzen dat de partijen erover hebben getwist in hoeverre er, als het om de bij art. 551a Sv voorziene ontruiming gaat, sprake is van een onomkeerbare inbreuk.
31. Het hof heeft in rov. 4.4 geoordeeld dat niet aannemelijk is dat eenmaal met toepassing van art. 551a Sv ontruimde 'krakers', als zij achteraf in het gelijk worden gesteld, in hun woning zullen kunnen terugkeren. Het heeft dus tot uitgangspunt genomen dat de desbetreffende inbreuk als onomkeerbaar moet worden aangemerkt.

32. Dit oordeel wordt van de kant van de Staat in cassatie bestreden, in onderdeel 1c van het principale middel. De daar aangevoerde klachten lijken mij echter ongegrond. De klacht veronderstelt dat ontruimde 'krakers' die tenslotte in het gelijk worden gesteld, zullen blijken wél een geldige titel voor verblijf in het desbetreffende pand te hebben, en dat daarom de kans op het herkrijgen van verblijf ter plaatse groter is dan het hof tot uitgangspunt heeft genomen.
33. Ik denk dat de taxatie of er een grotere of kleinere kans op effectieve terugkeer bestaat, in overwegende mate berust op weging van de rond een ontruiming op de voet van art. 551a Sv (in het algemeen) te verwachten feitelijke ontwikkelingen. Die taxatie behoort in feitelijke aanleg te gebeuren, en niet in cassatie.
- Het namens de Staat benadrukte argument dat ontruimde 'krakers' die uiteindelijk in het gelijk worden gesteld vaak zullen blijken (toch) over een geldige gebruikstitel te beschikken, is één van de met feitelijke waarderungen verweven factoren die hierbij kan worden 'meegewogen'. Van de kant van verweerder c.s. wordt op deze andere factor gewezen, dat de rechthebbenden op 'kraakpanden' die langs de weg van art. 551a Sv ontruiming hebben gekregen, er vaak toe zullen overgaan het pand in gebruik te geven (al was het maar om het opnieuw 'kraken' van het pand tegen te gaan); en dat met het oog hierop de kans op effectieve terugkeer klein is.
34. Met deze gegevens voor ogen lijkt mij duidelijk dat het hier inderdaad om een vooral op feitelijke waardering berustend oordeel (van het hof) gaat, en dat de beoordeling daarvan niet in cassatie ter discussie mag komen. Uitvloeisel daarvan is dat, als het de beoordeling van de hier aan art. 13 EVRM te geven toepassing betreft, het oordeel van het hof dat het hier veelal om onomkeerbare situaties gaat, in cassatie tot uitgangspunt moet dienen. [\[21.\]](#)
35. In de alinea's 15–20 hiervóór heb ik betoogd dat de daar onderzochte rechtspraak van het EHRM geen houvast biedt voor de conclusie dat 'krakers' aanspraak hebben op een gelegenheid voor het invoeren van een rechterlijke beoordeling, vóór te hunnen laste ontruiming wordt geëffectueerd. Wel blijkt uit die rechtspraak dat het EHRM ontruiming aanmerkt als een zeer vergaande ingreep op het 'huisrecht' dat mede door art. 8 EVRM wordt beschermd; en dat bij de verdere beoordeling met deze 'hoge' taxatie van deze inbreuk op dit recht rekening moet worden gehouden.
36. De vervolgens in de alinea's 21–28 besproken rechtspraak laat zien dat het EHRM de ook door het EVRM gewaarborgde aanspraak op een 'effective remedy' beoordeelt, in afhankelijkheid van de relevante omstandigheden.
- Ik geef een overzichtje van de omstandigheden die zich voor dit geval als relevant aandienen:
- a) Het gaat om ontruiming van woningen, en daarmee om de meest ingrijpende inbreuk op het door art. 8 EVRM gewaarborgde recht op respect voor zijn 'home'. Het gaat bovendien om een inbreuk die in veel gevallen onomkeerbaar zal blijken te zijn.
 - b) Bij zulke zwaarwegende en onomkeerbare inbreuken kan er geredelijk sprake van zijn, dat rechtsbescherming moet worden geboden die 'rigorous scrutiny' van de in geding zijnde rechten en belangen mogelijk maakt, en waarbij ook 'suspensive effect' gewaarborgd is.
 - c) De aanspraak op zulke rechtsbescherming bestaat echter niet als mag worden aangenomen dat de betrokkenen geen 'arguable claim' hebben dat er van daadwerkelijke inbreuk op hun rechten sprake is.
 - d) Bij een en ander is in aanmerking te nemen dat de desbetreffende maatregelen er (mede) toe strekken, de legitieme rechten en belangen van anderen — namelijk: van de door het 'kraken' benadeelden — te beschermen, en daarnaast ook aan de openbare orde ontleende belangen (waar ik ook bij betrek: het belang bij voorkoming/beteugeling van strafbare feiten) te dienen; en dat de Overheid ertoe kan besluiten, aan die bescherming een zekere mate van urgentie en prioriteit toe te kennen.
37. De Hoge Raad wordt nu geplaatst voor de niet zo eenvoudige vraag — te beantwoorden in de summiere rechtsgang van deze procedure in kort geding — of de rechtspraak van het EHRM daadwerkelijk aangeeft dat in de zojuist aangegeven omkadering van omstandigheden, het vereiste van een 'effective remedy' meebrengt dat — zoals het hof heeft aangenomen — de personen tegen wie het OM art. 551a Sv wenst in te zetten een gelegenheid moeten krijgen om 'hun zaak' door de kort geding-rechter te laten beoordelen voordat tenuitvoerlegging kan plaatshebben; dan wel of — zoals verweerder c.s. verdedigen — er nog meer ruimte voor rechtsbescherming vereist is, en de door het hof aanvaarde marge daarvoor

nog te smal is.

38. Om met het laatste te beginnen: ik zou denken dat de in alinea 20 hiervóór aangehaalde overweging uit het McCann-arrest voldoende verduidelijkt dat een procedure leidend tot 'summary judgement' voldoet aan de in dit geval door het EVRM gestelde eis.
- Ik ben mij ervan bewust dat de Angelsaksische procedures die in de overweging van het EHRM vermoedelijk met de aanduiding 'summary judgement' bedoeld zijn, verschillen vertonen ten opzichte van het Nederlandse kort geding; maar ik meen desondanks dat er onvoldoende ruimte is voor twijfel, dat ook de ruimte om de ontruiming in kort geding aan te vechten, beantwoordt aan wat het EHRM hier voor ogen moet hebben gestaan.
39. Met de enkele beoordeling van de kant van het OM dat er aanleiding voor toepassing van art. 551a Sv bestaat, wordt er, zeg ik ten overvloede, allicht geen rechtsbescherming geboden die beantwoordt aan de vereisten die het EHRM heeft aangegeven voor die gevallen waarin er ruimte moet zijn voor 'independent and rigorous scrutiny' van de ingeroepen claim die bescherming onder art. 8 EVRM zou rechtvaardigen. Of de toetsing die het OM zou uitvoeren aan de maatstaf 'rigorous' zou kunnen voldoen kan in het midden blijven — aan de kwalificatie 'independent' voldoet die in ieder geval niet.
- Bij de beantwoording van de eerste in alinea 37 geformuleerde vraag gaat het er dus inderdaad om, of toegang tot een 'independent' beoordelaar moet worden geboden — zoals de door het hof aangewezen kort geding-rechter.
40. Het antwoord op die eerste vraag is stellig niet makkelijk te geven.
- Ik wil, om te beginnen, niet verhelen dat het mij van wijs beleid aan de kant van de Overheid zou lijken te getuigen, wanneer die aansluiting zou zoeken bij de oplossing die het hof hier als de juiste heeft beoordeeld.^[22] Of het EVRM nu tot die oplossing dwingt of niet — het bieden van voldoende ruimte om een voorgenomen ontruiming op de voet van art. 551a Sv althans in eerste aanleg in kort geding aan te vechten vóór die maatregel daadwerkelijk wordt uitgevoerd levert, is men geneigd te denken, een zinnig compromis op tussen de hier in geding zijnde belangen.
41. Maar ook als men de door het hof gevonden oplossing als wijs beleid kwalificeert, zoals ik heb gedaan, levert dat natuurlijk nog niet op dat de Staat ook gehouden is zich daarnaar te voegen. Dat laatste is alleen dan het geval als de andere, door de Staat verdedigde weg moet worden aangemerkt als onverenigbaar met de door art. 8 jo. 13 EVRM verlangde waarborgen.
42. De verschillende in alinea 36 hiervóór in korte samenvatting weergegeven omstandigheden lijken elkaar in een nagenoeg volledig evenwicht te houden: er is zowat evenveel vóór als tegen ieder van de beide antwoorden op de gestelde vraag te zeggen.
- Tenslotte geeft voor mij de doorslag, het eerder besproken gegeven, dat hier uitgangspunt mag zijn dat 'krakers' die op de voet van art. 551a Sv met ontruiming worden bedreigd, gewoonlijk geen 'arguable claim' zullen hebben die een beroep op honorering van het door art. 8 EVRM beschermde woonrecht kan dragen; waarbij mij ook aannemelijk lijkt dat in die uitzonderingsgevallen waarin een met ontruiming bedreigde partij wél argumenten naar voren brengt die een 'arguable claim' zouden kunnen opleveren, van een aangekondigde ontruiming zal worden afgezien totdat nadere verduidelijking over de 'claim' in kwestie is verkregen (maar zie hierover ook alinea's 44–45 hierna).
43. De hiervóór onderzochte rechtspraak van het EHRM levert bij de hier vastgestelde stand van zaken volgens mij op, dat er niet hoeft te worden voorzien in rechtsbescherming waardoor in alle gevallen — dus ook in de (grote) meerderheid van de gevallen waarin onaannemelijk is dat er een 'arguable claim' aan de orde is — rechtsbescherming wordt geboden die erin voorziet dat de inbreukmakende maatregel — de ontruiming — wordt opgeschort totdat een 'rigorous scrutiny' heeft kunnen plaatsvinden om vast te stellen of er van een dergelijke 'claim' sprake is (en dan natuurlijk ook, in hoeverre die 'claim' gegrond is).
44. In alinea 42 gaf ik aan dat het mij aannemelijk lijkt dat het OM in die gevallen waarin wél argumenten worden aangevoerd die als een 'arguable claim' zouden kunnen gelden, de ontruiming niet zal doorzetten voor daarover (althans enige) opheldering is gekregen. De vraag is intussen, of dat — dus de niet door enige bindende regel bevestigde verwachting dat het OM deze gedragslijn zal volgen — voldoende is om aan de hier uit hoofde van art. 13 EVRM geldende eisen te voldoen.
45. Volgens mij neemt het EHRM verzekeringen dat de Overheid een bepaalde gedragslijn pleegt te volgen, niet aan als een voldoende basis voor een 'effective remedy' in de zin van art. 13 EVRM. Zoals dat bijvoorbeeld werd geformuleerd in rov. 83 van het Conka-arrest:

“Secondly, even if the risk of error is in practice negligible — a point which the Court is unable to verify, in the absence of any reliable evidence — it should be noted that the requirements of Article 13, and of the other provisions of the Convention, take the form of a guarantee and not of a mere statement of intent or a practical arrangement. That is one of the consequences of the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, which is inherent in all the Articles of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II).”^[23]

Voor een — op zichzelf misschien aannemelijke — verwachting, zoals ik die hiervoor heb uitgesproken, lijkt mij de hier neergeschreven gedachte in versterkte mate toepasselijk.

46. Als afronding van deze beschouwingen, de volgende uitkomsten:

- a) Aan de hand van de gerechtvaardigde verwachting dat partijen die op de voet van art. 551a Sv met ontruiming bedreigd worden maar bij uitzondering een ‘arguable claim’ voor honorering van een op art. 8 EVRM berustende aanspraak op bestendiging van hun ‘huisrecht’ zullen kunnen aanvoeren, denk ik dat er geen noodzaak bestaat om, met het oog op art. 13 EVRM, te voorzien in rechtsbescherming waardoor in alle gevallen gelegenheid wordt geboden om een rechterlijk oordeel in te winnen vóór de ontruiming wordt bewerkstelligd.
- b) Met het oog op de uitzonderingsgevallen waarin wél een ‘arguable claim’ van de evenbedoelde strekking wordt aangevoerd, zou de Overheid zich er echter formeel, en tenminste op het niveau van een bindend beleidsdocument, aan moeten committeren dat aan partijen die een ‘arguable claim’ naar voren brengen wél de gelegenheid zal worden geboden die claim tenminste in één instantie in kort geding door de rechter te laten toetsen vóór tenuitvoerlegging van de ontruiming plaatsvindt; en ook, dat aan alle betrokkenen een redelijke gelegenheid zal worden geboden om zich erover uit te laten óf men over argumenten beschikt die een ‘arguable claim’ kunnen opleveren.

Het principale cassatiemiddel

47. Hierop aansluitend, denk ik dat ik inmiddels kan aangeven hoe ik over de klachten van het principale en het incidentele middel denk:

“Onderdelen 1a en 1b van het principale middel betogen dat het hof ten onrechte heeft aangenomen dat er steeds vóór een ontruiming wordt geëffectueerd, gelegenheid moet worden gegeven om de kort-gedingrechter over de rechtmatigheid daarvan te laten oordelen. Uit mijn voorafgaande beschouwingen zal zijn gebleken dat ik denk dat daarmee inderdaad een zwaardere eis is gesteld dan, in de hier aan de orde zijnde omstandigheden, met de in de rechtspraak van het EHRM ontwikkelde regels strookt.

Er zal aan de betrokkenen echter wél gelegenheid moeten worden geboden om aan te geven of men zich op argumenten wil beroepen die een ‘arguable claim’ onder art. 8 EVRM kunnen opleveren; en wanneer dat het geval blijkt te zijn, zal er ook gelegenheid moeten worden geboden om vóór ontruiming wordt bewerkstelligd, de rechtmatigheid door de (kort geding-)rechter te laten toetsen.”

48. Over onderdeel 1c, dat klaagt over de door het hof aangenomen ‘onomkeerbaarheid’ van de op basis van art. 551a Sv uitgevoerde ontruiming, heb ik in alinea’s 31–34 hiervoor al mijn mening gegeven. Ik denk dat die klacht ongegrond is.

Onderdeel 1d klaagt over wat het hof in rov. 4.5 ten aanzien van de ‘lawfulness’ van een door ‘kraken’ verkregen woonsituatie heeft overwogen. Zoals in alinea’s 19–20, 25–29 en 42 hiervoor werd besproken, is voor de vraag of er aanspraak bestaat op toetsing voorafgaand aan een voorgenomen ontruiming, wél relevant dat er geen deugdelijke titel voor het gebruik van de ruimte in kwestie kan worden aangewezen (dan zal gewoonlijk ook overigens een ‘arguable claim’ ontbreken, dat aan het ‘huisrecht’ van de kraker voorrang toekomt boven de bij de ontruiming betrokken belangen). Vooral daarom ben ik tot het oordeel gekomen dat de eis van rechtsbescherming waarbij altijd toetsing vóór plaatsvindt, hier niet mag worden gesteld. In zoverre lijkt deze klacht mij dan ook gegrond.

49. Overigens heeft het hof in rov. 4.5 met juistheid vastgesteld, dat voor de vraag of er sprake is van een ‘home’ waarop art. 8 EVRM toepasselijk is, niet beslissend is of de woonsituatie van de betrokkene ‘lawful’ is of niet. Ik geloof niet dat onderdeel 1d ook dat oordeel bedoelt te bestrijden; maar voorzover dat het geval mocht zijn, moet die klacht worden afgewezen.

Onderdeel 1e bevat geen zelfstandige klacht, en behoeft daarom geen bespreking.

50. Onderdeel 2 komt voor een groot deel neer op herhaling, in een iets gewijzigde context, van de verschillende klachten uit onderdeel 1. Waar dat het geval is, zal ik die klachten niet opnieuw bespreken. Het onderdeel somt een reeks van gegevens op die zouden meebrengen dat ontruiming op de voet van art. 551a Sv zoals het OM voornemens zou zijn die bepaling toe te passen, geoorloofd moet worden geacht zonder dat de extra rechtsbescherming die het hof als vereist heeft aangemerkt, wordt geboden.
51. Ik stem, zoals hiervóór (in alinea's 42–46) bleek, niet met de hier verdedigde zienswijze in als het er om gaat dat ontruiming niet steeds behoeft te worden aangekondigd, en dat het voldoende is dat sprake is van een feitelijke gedragslijn waarbij rekening wordt gehouden met de gevallen waarin wél van een 'arguable claim' sprake is, en die (dus, volgens mij) aanspraak kunnen maken op een rechterlijke toetsing vóór daadwerkelijke ontruiming plaatsvindt. Ik meen, om de t.a.p. beschreven redenen, dat er, om aan deze gevallen tegemoet te komen, steeds zal moeten worden nagegaan of de betrokkene een 'arguable claim' aanvoert (wat impliceert dat die betrokkene over de voorgenomen c.q. overwogen ontruiming zal moeten worden ingelicht); en dat het op dit punt gevoerde beleid ook in bindende en openbaar gemaakte beleidsregels zal moeten worden vastgelegd.
Waar het tweede onderdeel een ander standpunt betreft, moeten de klachten daaruit daarom worden verworpen.
52. De onderdelen 3a en b stroken wél met de opvatting waartoe ik hiervóór ben gekomen. Bij gegrondbevinding van de klachten uit middelonderdeel 1 die volgens mij inderdaad gegrond zijn, behoeven de klachten van de onderdelen 3a en b die van dezelfde strekking zijn, echter geen beoordeling.
Onderdeel 3c stuit af op de bedenkingen die ik in de vorige alinea heb aangegeven: de eis van deugdelijk (bindend) vastgelegd en openbaar gemaakt beleid (zij het, volgens mij, in een enigszins andere zin dan het hof goed heeft gevonden) moet hier wél worden gesteld.
53. Onderdeel 4 betreft een kwestie die los staat van de eerder besprokene — namelijk de vraag of het feit dat verweerder c.s. in de onderhavige zaak hun bezwaren tegen een door de Staat voorgenomen ontruiming aan de rechter hebben kunnen voorleggen, niet betekent dat zij geen belang (meer) hebben bij wat zij in deze zaak vorderen (en ook gedeeltelijk toegewezen hebben gekregen).
Anders dan namens verweerder c.s. wordt verdedigd, denk ik dat de Staat bij deze klacht belang heeft, ongeacht de beoordeling van de eerdere klachten. De klacht ziet immers op een argument dat zelfstandig afwijzing van het door verweerder c.s. gevorderde zou kunnen dragen.
54. Maar ik denk dat de klacht op inhoudelijke gronden moet worden afgewezen. De desbetreffende overweging van het hof houdt, als zelfstandig dragende grond, in dat het hof de standpunten van partijen zo heeft verstaan dat de vraag óf t.a.v. verweerder c.s. (gewettigde) verdenking van overtreding van art. 138a Sr bestaat, in deze kort geding-procedure niet aan de orde is gesteld. Deze uitleg van de partijstandpunten is voorbehouden aan de rechter in feitelijke aanleg.^[25.] Waar voor die uitleg inderdaad steun is te vinden in uitspraken van de kant van de Staat,^[26.] valt ook niet vol te houden dat die uitleg onvoldoende begrijpelijk zou zijn (waarbij ik nog daarlaat dat het hier een kort geding betreft, met de daaraan inherente lagere 'drempel' als het om de motivering van het rechterlijke oordeel gaat).
55. Bij die uitleg van de inzet van het onderhavige kort geding kon het hof geredelijk oordelen dat de materiële toetsing van de gerechtvaardigheid van de op basis van art. 551a Sv uit te voeren ontruiming, in dit kort geding niet aan de orde was; en in het verlengde daarvan, dat aan verweerder c.s. niet de mogelijkheid mocht worden onthouden om die toetsing alsnog in een volgend kort geding (of andersoortige procedure) aan de orde te stellen. Aan het argument dat verweerder c.s. hierbij geen (te respecteren) belang meer zouden hebben, ontvalt daarmee de grond.
56. Zo kom ik ertoe, een deel van de klachten van het eerste onderdeel en het derde onderdeel als gegrond aan te merken: ook volgens mij noodzaken de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen er niet toe dat aan 'krakers' in alle gevallen een (overigens: begrensde) gelegenheid wordt geboden om een kort geding in eerste aanleg 'uit te procederen' vóór de maatregel van ontruiming op de voet van art. 551a Sv wordt toegepast. Wat mij betreft leidt dat er dan echter niet toe dat de vorderingen van verweerder c.s. zonder meer zouden moeten worden afgewezen. Zoals in alinea's 42–46 hiervóór werd besproken, denk ik namelijk dat de Staat wél verplicht is om in andere opzichten bepaalde egards ten opzichte van de betrokkenen in acht te nemen bij de toepassing van art. 551a Sv (en om ook in beleidsregels vast te

leggen wat er in dit opzicht zal worden gedaan). Daarom is denkbaar dat de vorderingen van verweerder c.s. toch, zij het in (nog verder) beperkte omvang, voor toewijzing in aanmerking komen. Of dat het geval is zou, denk ik, na verwijzing in een feitelijke instantie moeten worden onderzocht.

Het incidentele cassatiemiddel

57. De klacht onder 1 verwijt het hof, dat dat ten onrechte of op ontoereikende gronden heeft geoordeeld dat de wetteksten waarop de ontruimingsbevoegdheid van OM/politie zou moeten steunen, als voldoende duidelijk kunnen gelden.

Deze klacht beoordeel ik als ongegrond. Met de rechters in beide feitelijke instanties meen ik dat de totstandkomingsgeschiedenis van de onderhavige bepalingen buiten iedere twijfel stelt, wat daarvan de bedoeling is — namelijk het strafbaar stellen van het in art. 138a Sr omschreven ‘kraken’ en het bieden van een wettelijke basis voor het optreden tegen ‘kraken’ door daadwerkelijke ontruiming op basis van de enkele verdenking dat daarvan sprake is.

58. Ik denk overigens dat ook de teksten van de desbetreffende wettelijke bepalingen deze bedoeling duidelijk tot uitdrukking brengen, zodat dat ook zonder raadpleging van de wetsgeschiedenis zou kunnen worden vastgesteld. Zou, zoals verweerder c.s. verdedigen, de wettekst van art. 551a Sv zo gelezen worden dat de daar gegeven bevoegdheid alleen geldt ten opzichte van personen ten aanzien waarvan de overtreding van art. 138a (e.a.) Sr al (onherroepelijk) vaststaat, dan zou de verwijzing naar een bestaande verdenking in de aanhef van het artikel geheel zinloos zijn. Alleen al om die reden, dringt de andere uitleg van de bepaling zich op.

59. De stelling dat bij de uitleg van bepalingen als de onderhavige niet bij de wetsgeschiedenis te rade zou mogen worden gegaan (zoals in deze klacht wordt aangevoerd) berust bovendien op een onjuiste rechtsopvatting — ik denk dat dat geen nadere toelichting behoeft.

De klacht onder 1 benadrukt verder dat denkbaar is dat het OM ten onrechte een betrokkene van overtreding van art. 138a Sv verdenkt. Dit argument acht ik ondeugdelijk om de in alinea’s 27–29 hiervóór besproken redenen.

Op deze bedenkingen stuiten alle argumenten af, die in de verschillende onder 1 gerubriceerde (sub)onderdelen worden aangevoerd.

60. De klacht onder 2 voert aan dat in de grief die in rov. 3.2 van het bestreden arrest wordt behandeld, niet alleen zou zijn geklaagd over te geringe ‘voorzienbaarheid’ in de wettelijke regeling waarover partijen strijden, maar ook, dat de Staat bij het vaststellen van die regeling de hem toekomende ‘margin of appreciation’ zou hebben overschreden. Lezing van de grief in kwestie leert, dat daarin wel in algemene termen over overschrijding van de ‘margin of appreciation’ wordt geklaagd, maar dat in het vervolg van het betoog alleen de ‘voorzienbaarheidskwestie’ wordt besproken. Het hof, aan wie de uitleg van partijstellingen is voorbehouden^[27], kon daarom deze grief heel goed zo begrijpen als het blijkt het bestreden arrest heeft gedaan. Nadere onderbouwing van de stelling dat er van miskennen van de ‘margin of appreciation’ sprake zou zijn (afgezien van de opmerkingen over het voorzienbaarheidsgegeven), ontbrak immers.

61. De klacht verwijst in dit verband naar de nadere toelichting die bij pleidooi gegeven zou zijn. Op de aangegeven plaatsen in de pleitnota wordt echter niet duidelijk gemaakt dat hier een toelichting op de in het middel bedoelde grief wordt gegeven. Daarom is te begrijpen dat het hof dit betoog niet in die zin heeft verstaan.

Belangrijker nog, misschien: de pleitnota voert op deze plaatsen aan dat miskend zou zijn dat de ‘margin of appreciation’ als het gaat om ontruiming met voorbijgaan aan het ‘huisrecht’ een (uiterst) beperkte is, en dat de gegevens ‘proportionaliteit’ en ‘subsidiariteit’ bij de beoordeling van deze marge daarom van nog meer belang zijn, dan anders al het geval is (en dat dit alles bij de vaststelling van de desbetreffende wetgeving zou zijn miskend). Deze stellingen heeft het hof echter in de rov. 4.2–4.5 bij de beoordeling van grief 3 in aanmerking genomen en in zijn motivering betrokken. Voor zover dit middel ertoe strekt dat het hof aan die stellingen voorbij zou zijn gegaan is het daarom (eveneens) ongegrond.

62. Bij de uitwerking van de klacht onder 2 worden namens verweerder c.s. argumenten aangevoerd ter ondersteuning van de stelling dat de in art. 551a Sv neergelegde regel, of tenminste de door de Staat beoogde toepassing daarvan, niet te verenigen zijn met de ‘margin of appreciation’ die aan de Overheid bij het aanbrengen van beperkingen op de door art. 8 EVRM gewaarborgde rechten, moet worden gelaten.

Uit mijn voorafgaande beschouwingen zal zijn gebleken dat ik meen dat deze argumenten ten onrechte worden 'ingebracht' in een klacht tegen rov. 3.2 van het bestreden arrest.

Het gaat hier intussen om argumenten die de kern van het onderhavige geschil betreffen, en die dan ook zowel voor de beoordeling van het principale beroep als voor de beoordeling van een deel van de verdere incidentele klachten van belang zijn. Ik meen er daarom goed aan te doen die argumenten, ofschoon die dus in de context van de tweede klacht niet gegrond (kunnen) zijn, hier te bespreken.

63. Die argumenten lijken mij echter — in aansluiting op de inleidende beschouwingen die ik vóór de eigenlijke bespreking van de middelonderdelen heb neergeschreven — niet doeltreffend. Ik meen, wederom met het oog op de voorafgaande beschouwingen, dat betrekkelijk kort te kunnen toelichten:
- a) In (sub)onderdeel 2.1 verdedigen verweerder c.s. een andere afweging van de voor de legitimiteit van de met 138a Sr en art. 551a Sv beoogde doelen relevante factoren, dan de afweging die de wetgever heeft gemaakt (en die het hof heeft gebillijkt). Het gaat hier echter om een afweging die aan de wetgever is voorbehouden, en die de rechter daarom maar in beperkte mate kan toetsen, zie ook alinea's 11–14 hiervóór.^[28.] Het gaat bovendien om gegevens die een belangrijke mate van feitelijke weging vergen, zodat het opnieuw wegen daarvan in cassatie niet in aanmerking kan komen. Of daadwerkelijk mag worden aangenomen dat er rondom de krakerswereld sprake is van 'verharding' (even daargelaten dat dat een term is met een onvaste betekenis, zodat ik ervoor kies in het midden te laten welke betekenis hier bedoeld zou zijn) of juist niet (zoals in subonderdeel 2.1 wordt betoogd), kan in cassatie niet worden beoordeeld. In dezelfde trant: of de door 'kraken' gemaakte inbreuk op de rechten van de eigenaren (en andere rechthebbenden) ten aanzien van gebouwd onroerend goed als 'relatief licht' is te kwalificeren (zoals in subonderdeel 2.2 gebeurt), is een argument dat om de beide zo-even genoemde redenen in cassatie niet werkelijk kan worden onderzocht.
- Bij de belangen die de legitimiteit van de in art. 551a Sv ingevoerde bevoegdheid mede bepalen, is overigens ook rekening te houden met het (in art. 8 lid 2 EVRM specifiek genoemde) belang bij het voorkomen van strafbare feiten. Zoals hiervóór in alinea's 6–14 werd betoogd en van de kant van verweerder c.s. in cassatie niet wordt bestreden, kon de wetgever op aannemelijk gronden tot het oordeel komen dat 'kraken' als strafbaar feit moest worden aangewezen.
- b) Subonderdeel 2.2 bestrijdt dat in de hier te beoordelen omstandigheden van een (voldoende) dringende maatschappelijke noodzaak sprake zou zijn. Hier geldt, mutatis mutandis, hetzelfde: verweerder c.s. doen in dit verband een beroep op bepaalde maatschappelijke gegevens — bezwaarlijke 'leegstand', woningschaarste, en het in alinea's 27 en 28 hiervóór besproken gegeven — die volgens hen anders zouden moeten worden gewaardeerd dan de wetgever en het hof hebben gedaan. Ook hier geldt dat er in cassatie geen plaats is voor een nadere weging van zulke gegevens. Overigens voeren verweerder c.s. hier, begrijpelijkerwijs, niet alle factoren ten tonele die tégen de van hun kant verdedigde afweging pleiten. Zo-even in sub-alinea a) wees ik er al op dat zij eraan voorbijgaan dat hier ook het belang bij beteugeling van (voortgezette) strafbare handelingen in het geding is. Omdat in dit verband een beroep wordt gedaan op de (overigens: inderdaad zorgelijke) situatie rond de woningnood in sommige delen van het land en in bepaalde maatschappelijke sectoren, is het misschien goed om er op te wijzen dat 'kraken' door sommigen wordt beoordeeld als, wat dat betreft, het tegendeel van bevorderlijk, omdat het 'kraken' een belemmering kan opleveren voor de regelmatige distributie en toewijzing van woonruimte,^[29.] en omdat — ik herhaal: volgens sommigen — de doelmatige aanwending van onroerende zaken door de eigenaren (of andere rechthebbenden) door 'kraken' wordt belemmerd of zelfs verijdeld. Ik haast mij toe te voegen dat ook voor argumenten als deze geldt, dat die in cassatie maar in zeer beperkte mate op geldigheid kunnen worden onderzocht. Ik noem ze echter, om nader aan het licht te stellen dat de beoordeling die in subonderdeel 2.2 wordt aangedrongen, niet van de cassatierechter kan worden verlangd.^[30.]
 - c) Subonderdeel 2.3 benadrukt (opnieuw) de factor 'voorzienbaarheid'. Het gaat er dan om dat, wil een maatregel in de zin van art. 8 lid 2 EVRM kunnen gelden als 'bij de wet...voorzien', er rechtsbronnen moeten zijn waaruit met voldoende duidelijkheid blijkt, welke grenzen daardoor aan het gedrag van de rechtsgenoten worden gesteld c.q. welke bevoegdheden aan de Overheid

worden verleend, en wat de daarvoor geldende voorwaarden zijn; een en ander zodat de rechtsgenoten hun gedrag daadwerkelijk op de gestelde normen etc. kunnen afstemmen.^[31.]

Anders dan verweerder c.s. lijken te veronderstellen, gaat het daarbij alleen om de toepasselijke normen en grenzen, en niet om de vraag onder welke omstandigheden Overheidsinstanties de daarbij voorziene maatregelen ook daadwerkelijk zullen benutten — met andere woorden: welk ‘handhavingsbeleid’ er geldt of zal worden ontwikkeld. Het is onvermijdelijk dat de Overheid sommige regels met prioriteit en met navenante inzet van middelen handhaaft, en andere met veel minder prioriteit etc., of zelfs helemaal niet. Zulke verschillen in handhavingsbeleid, en ook: wisselend beleid op dat punt, doen er niet aan af dat de regels waar het om gaat als ‘bij de wet ... voorzien’ mogen gelden, als duidelijk genoeg is wat die regels toelaten en verbieden.

Van het samenstel van regels uit de Wet kraken en leegstand kon het hof volgens mij zonder enige miskenning van de hier beschreven normen oordelen, dat die ruimschoots aan de kwalificatie ‘bij de wet ... voorzien’ beantwoorden. Het is voor rechtsgenoten zonder onevenredig probleem mogelijk te beoordelen, wanneer er sprake is van ‘kraken’ in de zin van art. 138a Sr, (waaraan niet afdoet dat er grensgevallen denkbaar zijn waarin men kan betwijfelen of er van ‘binnendringen’ dan wel ‘vertoeven’ sprake is). Naar de mate dat aan de delictsomschrijving van art. 138a Sr wordt voldaan, kan ook worden voorzien dat de bij art. 551a Sv gegeven bevoegdheid kán worden ingezet, en kan dus rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat dat ook zal gebeuren. Dat het OM waarschijnlijk lang niet altijd zal besluiten om, als er van (verdenking van) overtreding van art. 138a Sr sprake is, de desbetreffende bevoegdheid ook werkelijk in te zetten — zoals dat met de overgrote meerderheid van de bevoegdheden van dit Staatsorgaan het geval is —, doet er niet aan af dat de voorschriften waarop de bevoegdheid tot inzetten berust, voldoen aan de kwalificatie ‘bij de wet ... voorzien’. Voor het geval dat verweerder c.s. benadrukken, namelijk: dat het OM deze bevoegdheid ten onrechte zou kunnen inzetten, geldt hetzelfde: het zal dan zonder onevenredig probleem kunnen worden vastgesteld dat er inderdaad van een onjuiste aanwending sprake is.

Iedere bevoegdheid kan ten onrechte worden uitgeoefend; maar over de vraag of de regeling waarop de bevoegdheid berust duidelijk genoeg is, zegt dat weinig of niets.^[32.]

- d) Subonderdeel 2.4 betreft wat daarwordt aangeduid als ‘procedurele waarborgen. Zoals dit subonderdeel al aangeeft, komt dit onderwerp ook in de derde klacht van het incidentele middel aan de orde. Ik zal het gegeven daar bespreken. Ook voor het onderwerp van subonderdeel 2.5 (‘Individuele belangenafweging’) lijkt dit mij aangewezen.
- 64. De derde incidentele klacht is gericht op (verkrijging van) een ruimere gelding voor de regels met betrekking tot een ‘effective remedy’, dan het hof juist heeft geoordeeld. Men kan deze klacht dus kwalificeren als tegengesteld aan de klachten van het principale middel. Daarmee is dan ook meteen voor een belangrijk deel aangegeven hoe ik deze klacht(en) beoordeel: in het inleidende deel van deze conclusie (alinea’s 6–46) ben ik tot de uitkomst gekomen dat, anders dan het hof heeft aangenomen, in de hier te beoordelen context niet geldt dat degenen op wier ‘huisrecht’ met toepassing van art. 551a Sv inbreuk zal worden gemaakt, in alle gevallen aanspraak kunnen maken op een bejegening waarbij zij een (voldoende) gelegenheid krijgen om het ontruimingsvoornemen in één instantie in kort geding te laten toetsen; met dien verstande dat de ontruiming niet eerder wordt geëffectueerd dan nadat die gelegenheid is geboden, en eventueel benut.
- 65. Hoewel ik opnieuw wil benadrukken dat het mij wijs beleid toeschijnt om wél zo met de in art. 551a Sv gecreëerde bevoegdheid om te gaan als het hof ook als vereist heeft aangenomen, denk ik dus dat een minder ruimhartig beleid nog juist met de desbetreffende regels en waarborgen uit het EVRM verenigbaar is, zie alinea’s 40–43 hiervóór. Omdat echter de justitiabele die een ‘arguable claim’ naar voren kan brengen dat overheidsoptreden een niet te rechtvaardigen inbreuk op zijn ‘huisrecht’ zou vormen, volgens mij wél aanspraak heeft op rechtsbescherming in dier voege dat er vóór de desbetreffende maatregel ten uitvoer wordt gelegd ‘rigorous scrutiny’ van de claim in kwestie door een onafhankelijke autoriteit kan plaatsvinden, zal het OM bij de toepassing van art. 551a Sv de ruimte moeten bieden om te laten blijken of men zich op een ‘arguable claim’ kan (en wil) beroepen; en om, als dat het geval blijkt te zijn, ook de gelegenheid te bieden om daarover inderdaad een gedegen onafhankelijk oordeel uit te lokken vóór er kan worden ontruimd, zie alinea’s 44–46 hiervóór.

66. De derde incidentele klacht verdedigt een voor de justitiabele aanmerkelijk ruimere aanspraak op rechtsbescherming. Aangezien dat niet overeenstemt met de eerder door mij bereikte (en zojuist kort samengevatte) uitkomst, merk ik die klacht als ongegrond aan. Ik licht dat nog kort toe, met bespreking van de verschillende onderdelen van deze klacht:

- a) Subonderdeel 3.1 bepleit, dat het kort geding niet zou voldoen aan de kwalificatie 'effective remedy'. Zoals al in alinea 38 bleek, ben ik dat niet met de steller(s) van het middel eens. Ik voeg nog toe dat de rechtspraak van het EHRM de aangesloten staten een zekere beoordelingsvrijheid laat, als het er om gaat hoe een 'effective remedy' wordt geboden. Daarbij hoeft het niet te gaan om rechterlijke beoordeling — maar zoals wij eerder zagen wel om een beoordeling die 'independent' is en ruimte voor 'rigorous scrutiny' biedt (ik verwijs naar de in voetnoten 15 en 16 genoemde vindplaatsen). Bij de te bieden rechtsbescherming mag (allicht) rekening worden gehouden met factoren als de aard van de desbetreffende inbreuk, de urgentie van de beoogde maatregelen, en de mate waarin het vaststellen van de relevante gegevens problematisch is of kan zijn.^[33.] In zaken betreffende dreigende foltering of andere onmenselijke behandeling, dus de zaken die in belangrijke mate hebben bijgedragen aan de vorming van de rechtspraak van het EHRM betreffende de 'effective remedy', werken alle genoemde factoren de kant op van een vergaand effectieve rechtsbescherming.^[34.] Als het om ontruiming van 'krakers' gaat is dat vaak minder het geval: weliswaar is een bijzonder ernstige beperking van het respect voor het 'home' aan de orde, maar de belangen die met de beoogde maatregel gediend worden hebben veelal een aanzienlijk grotere aanspraak op een voortvarende aanpak, dan in het eerder bedoelde geval;^[35.] en vaststelling van de relevante feiten in zaken betreffende de ontruiming van 'krakers' zal in veel gevallen geen bijzondere problemen met zich meebrengen. Bij die stand van zaken dringt zich op dat rechtsbescherming die ertoe strekt dat vóór de daadwerkelijke ontruiming toegang tot de kortgedingrechter wordt geboden, de juiste balans laat zien tussen de hier met elkaar in evenwicht te brengen belangen.^{[36.],[37.]} Onderdeel 3.2 klaagt dat het hof de stellingen betreffende aantasting van eigendomsrechten terzake van het huisraad e.d. van de bewoners van de desbetreffende panden, niet als gegrond heeft aangemerkt. Deze klacht lijkt mij ondeugdelijk omdat het zich opdringt dat wanneer er gronden zijn die beperking van het door art. 8 EVRM gewaarborgde recht op respect van de woning kunnen rechtvaardigen, voor de met deze beperkingen samengaande beperkingen ten aanzien van de eigendommen van de betrokkenen hetzelfde geldt (dat wil zeggen: dat ook die beperkingen gerechtvaardigd zijn). Dat behoeft dan ook geen afzonderlijke beoordeling of desbetreffende motivering.
- b) Onderdeel 3.3 herhaalt een ook in de feitelijke aanleg aangevoerde stelling die ertoe strekt dat de onder art. 551a Sv voorziene maatregelen onverenigbaar zouden zijn met de (strafrechtelijke) onschuldpresumptie.

Aan Van Kempen, Strafolblad 2011, p. 13–14, ontleen ik:

“De betekenis van het beginsel (de presumptie van onschuld, noot A-G) is tamelijk relatief. Dat kan ook niet anders aangezien absolute doorvoering ervan de strafrechtspleging vrijwel onmogelijk zou maken: het tegen een verdachte toepassen van vrijheidsbenemende dwangmiddelen en allerlei opsporingsmethode impliceert immers dat deze toch niet voor even onschuldig wordt gehouden als ieder willekeurig ander individu. Toepassing van dergelijke middelen op [niet-arbitraire] wijze en in overeenstemming met de wet is niet in strijd met het beginsel...”

Het beginsel wordt niet toepasselijk geacht buiten de context van opsporing van strafbare feiten en strafvervolgung — dus bijvoorbeeld niet op aanhouding en detentie met het oog op verwijdering uit het land of uitlevering.^[38.]

Het gaat in deze zaak om de vraag of verwijdering van zich in een 'kraakpand' bevindende personen, wanneer er verdenking van overtreding van art. 138a Sr bestaat, geoorloofd is. Bij dergelijke verwijdering moet weliswaar verdenking bestaan, maar wordt overigens niet gehandeld alsof de betrokkenen schuldig worden geacht. De maatregelen in kwestie zijn ook niet gericht op opsporing of

verdere vervolging, maar (alleen) op feitelijke beëindiging van gedragingen die ervan verdacht worden, strafbare feiten te zijn.

Tenslotte staat de onschuldpresumptie er niet aan in de weg dat, buiten het kader van opsporing of strafvervolging, met de verdenkingen die tegen een betrokkene zijn gerezen, rekening wordt gehouden.^[39.]

Bij deze stand van zaken zie ik geen basis voor de bewering dat hier met de in art. 6 EVRM neergelegde onschuldpresumptie in strijd zou worden gehandeld.

- c) Waarom ik de onder 3.4, 3.5 en 3.6 aangevoerde klachten ongegrond vind blijkt, denk ik, al voldoende uit het in alinea's 21–46 hiervóór besprokene. Ik denk dat de wetgever binnen de hier geldende marge is gebleven door de in art. 551a Sv neergelegde bevoegdheid te creëren; met dien verstande dat bij de toepassing van die bepaling voldoende (in bindende beleidsregels of andere regelgeving neer te leggen) plaats moet worden ingeruimd voor rechtsbescherming voor die betrokkenen die een 'arguable claim' aanvoeren dat er in hun geval een ontoelaatbare inbreuk op, met name, art. 8 EVRM aan de orde is. De hier in verschillende varianten voorgestelde aanspraken op verdergaande rechtsbescherming, zijn niet verenigbaar, inzonderheid, met de (eveneens) zwaarwegende en legitieme belangen die de wetgever met de invoering (en de daarop aansluitende toepassing) van art. 551a Sv heeft willen dienen.
67. Onderdeel 4, ten slotte, herhaalt het in de feitelijke instanties aangevoerde argument dat de in art. 138a Sv voorziene strafbaarstelling, wanneer die zou worden toegepast op gevallen van 'kraken' die vóór het in werking treden van die bepaling hebben plaatsgevonden (of wanneer art. 551a Sv op zulke gevallen zou worden toegepast), met zich meebrengt dat op ontoelaatbare wijze afbreuk wordt gedaan aan het beginsel dat strafbepalingen niet met retroactief effect mogen worden vastgesteld of toegepast.
68. Wat deze klacht betreft stem ik in met de gronden waarop het hof, in rov. 5.2, het overeenkomstige betoog dat in die instantie werd aangevoerd, heeft verworpen: art. 138a Sr stelt het wederrechtelijk vertoeven in woningen of gebouwen náást het daarin wederrechtelijk binnendringen afzonderlijk strafbaar.^[40.] De verdenking van strafbaar handelen dat in deze zaak aan de orde is, ziet onmiskenbaar op wederrechtelijk vertoeven dat wordt begaan ná de inwerkingtreding van de wet, al kan het zijn dat daar 'binnendringen' en ook 'vertoeven' vóór de inwerkingtreding van de wet aan vooraf zijn gegaan. Aan de strafbaarheid van het vertoeven ná de inwerkingtreding van de wet doet dat gegeven niet af; en van tijd met, met name, art. 7 EVRM is dan geen sprake.^[41.]
69. Ik denk daarom dat het incidentele cassatieberoep in zijn geheel zou moeten worden verworpen.

Afdoening

70. Aan de hand van de voorafgaande beschouwingen kom ik er toe, de eerste en de derde klacht van het principale middel als (gedeeltelijk) gegrond aan te merken, en het incidentele middel als ongegrond. Zoals in alinea 56 hiervóór besproken, lijkt de zaak mij niet vatbaar voor afdoening in cassatie. Volgens mij moet namelijk verder worden onderzocht of de waarborgen voor rechtsbescherming die bij de toepassing van art. 551a Sv worden geboden, beantwoorden aan de (beperkte) eisen die daaraan met het oog op artt. 8 jo. 13 EVRM wél mogen worden gesteld; en of, voor zover dat niet het geval mocht zijn, de vorderingen van verweerder c.s. in beperkte(re) omvang toewijsbaar zijn. Ik meen daarom dat verwijzing van de zaak nodig is.

Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging op het principale cassatieberoep en tot verwerping van het incidentele cassatieberoep; en tot verwijzing van de zaak, met verdere beslissingen als gebruikelijk.

De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden

Uitspraak

Hoge Raad:

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaken 376808/KG ZA 10-1204 en 376905/KG ZA 10-1211 van de voorzieningenrechter in de Rechtbank 's-Gravenhage van 29 oktober 2010;
- b. het arrest in de zaak 200.076.673/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 8 november 2010.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*).

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. Verweerder c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht (niet opgenomen; *red.*) en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing en tot verwerping van het incidentele beroep.

De advocaat van de Staat heeft bij brief van 22 juli 2011 op die conclusie gereageerd en de advocaten van verweerder c.s. hebben bij brief van 21 juli 2011 op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep en van het middel in het incidentele beroep

Algemeen

- 3.1.1. Het gaat in dit geding om het volgende. Verweerder c.s. zijn krakers die zich metterwoon in panden in Amsterdam, Den Haag, Utrecht en Leeuwarden hebben gevestigd. Zij stellen het vermoeden te hebben door het Openbaar Ministerie (OM) als verdachte van overtreding van art. 138a Sr te worden aangemerkt en mogelijk met ontruiming op grond van art. 551a Sv te worden geconfronteerd. De Staat heeft dit vermoeden niet weersproken.
- 3.1.2. Aan verweerder c.s. komt het huisrecht toe en zij kunnen uit hoofde van hun, ook door art. 12 Gw gewaarborgde, huisrecht aanspraak maken op bescherming van art. 8 EVRM. Art. 8 EVRM bepaalt in het eerste lid dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn woning en in het tweede lid dat geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van (onder meer) de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.
- 3.1.3. In het onderhavige kort geding hebben verweerder c.s. gevorderd, kort samengevat, dat de ontruiming wordt verboden, althans dat deze wordt verboden totdat zij deze zaak tot in hoogste instantie aan de rechter hebben kunnen voorleggen en/of de strafrechter in hoogste instantie bewezen heeft verklaard dat hun verblijf in de bewuste panden wederrechtelijk is. De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de Staat verboden over te gaan tot ontruiming van de door verweerder c.s. bewoonde panden.
- 3.1.4. Verweerder c.s. hebben aan hun vordering de volgende stellingen ten grondslag gelegd:
 - (i) de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv treedt eerst in als de strafrechter bewezen heeft verklaard dat het verblijf wederrechtelijk is; de enkele verdenking van wederrechtelijk verblijf is onvoldoende;
 - (ii) de Staat heeft zijn 'margin of appreciation' overschreden omdat art. 551a Sv zo is geformuleerd dat de burger daarop niet met voldoende zekerheid zijn gedrag kan afstemmen;
 - (iii) de inbreuk die door ontruiming op het door art. 8 EVRM beschermde huisrecht van verweerder c.s. wordt gemaakt is niet gerechtvaardigd, omdat het gebruik dat van deze bevoegdheid wordt gemaakt niet wordt voorafgegaan door een toetsing door de onafhankelijke rechter; de rechtsbescherming die verweerder c.s. zouden kunnen ontlenen aan een door hen aan te spannen kort geding is onvoldoende, aangezien

(a) het maar de vraag is of zij in de gelegenheid zullen worden gesteld het kort geding

- tijdig in te stellen,
- (b) het kort geding slechts een beperkte bescherming biedt omdat daarin alleen een voorlopig oordeel kan worden gegeven en
 - (c) de eis dat verweerder c.s. een kort geding aanspannen op gespannen voet staat met het non-incriminatiebeginsel en de onschuldpresumptie;
 - (iv) aangezien het verblijf van verweerder c.s. in de panden is aangevangen vóór 1 oktober 2010, de datum waarop de Wet kraken en leegstand in werking is getreden, is sprake van verboden strafbaarstelling met terugwerkende kracht, die niet tot ontruiming kan leiden.

In zijn bestreden arrest heeft het hof, kort gezegd, de hiervoor onder (iii) sub (a) vermelde grondslag gegrond geoordeeld, waartoe het hof heeft verwezen naar de bescherming van het huisrecht van de krakers in art. 8 EVRM en naar de relevante rechtspraak van het EHRM (rov. 4.1 tot en met 4.8). Alle andere hiervoor vermelde grondslagen van de vordering heeft het hof verworpen (rov. 2 tot en met 3.2 en 4.9 tot en met 5.2).

- 3.1.5.** Bij Wet van 24 juli 2010 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Leegstandswet en enige andere wetten in verband met het verder terugdringen van kraken en leegstand (Wet kraken en leegstand), *Stb.* 320, in werking getreden op 1 oktober 2010, is een nieuw art. 138a Sr ingevoerd, dat een algehele strafbaarstelling van kraken bevat. Voordien was alleen strafbaar huisvredebreuk — kort gezegd: het kraken van in gebruik zijnde woningen en gebouwen — en (ingevolge het bij de Wet kraken en leegstand vervallen art. 429sexies Sr) het kraken van woningen die korter dan een jaar leegstaan.

Het nieuwe art. 138a Sr luidt:

‘Hij die in een woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd, wederrechtelijk binnendringt of wederrechtelijk aldaar vertoeft, wordt, als schuldig aan kraken, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie.’

- 3.1.6.** In zijn arrest van 9 oktober 2009, LJN BJ1254, *NJ* 2010/213, heeft de Hoge Raad beslist dat voor strafrechtelijke ontruiming van kraakpanden door de politie op last van het OM geen basis kan worden gevonden in art. 429sexies Sr of art. 2 Politiewet 1993 in verband met art. 124 RO, zodat zonder nadere formele wetgeving geen rechtsgrondslag bestaat voor zulke ontruiming die inbreuk maken op het grondwettelijk en verdragsrechtelijk beschermde huisrecht van de kraker. Nadien is bij de Wet kraken en leegstand art. 551a Sv ingevoerd, dat luidt:

“In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in de artikelen 138, 138a en 139 van het Wetboek van Strafrecht kan iedere opsporingsambtenaar de desbetreffende plaats betreden. Zij zijn bevoegd alle personen die daar wederrechtelijk vertoeven, alsmede alle voorwerpen die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen.”

Legitimiteit van de strafrechtelijke ontruiming

- 3.2.1.** Onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep richt zich met diverse klachten tegen rov. 2, waarin het hof heeft geoordeeld dat uit de totstandkominggeschiedenis van de Wet kraken en leegstand voldoende duidelijk blijkt dat de bedoeling van de wetgever is geweest om door invoering van art. 551a Sv een strafrechtelijke ontruimingsbevoegdheid te creëren op grond van de enkele verdenking van wederrechtelijk binnendringen of vertoeven, alsmede tegen rov. 3.2, voor zover het hof daarin heeft geoordeeld dat deze ontruimingsbevoegdheid reeds bestaat bij een verdenking (in de zin van art. 27 Sv) van het misdrijf van art. 138a Sr.
- 3.2.2.** De klachten falen. Het oordeel van het hof en zijn daartoe gebezigde motivering zijn juist. De tekst van art. 551a Sv (“in geval van verdenking van een misdrijf”), mede gelezen in het licht van de totstandkominggeschiedenis (zie: Kamerstukken II 2008/09, 31 560 nr. 9, p. 2; Kamerstukken I 2009/10, 31 560, C, p. 21 en 24), maakt duidelijk dat de wetgever heeft beoogd de voorheen bestaande, door het hiervoor in 3.1.6vermelde arrest onwettig geoordeelde, praktijk van strafrechtelijke ontruiming op grond van verdenking van overtreding van art. 138

Sr of art. 429sexies Sr te kunnen continueren door ontruiming op strafvorderlijke titel van een wettelijke basis te voorzien. Voor de uitoefening van de aan politie en OM verleende ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv is een (al dan niet onherroepelijke) veroordeling door de strafrechter niet noodzakelijk.

- 3.3.1. Onderdeel 2 van het middel in het incidentele beroep bestrijdt met verschillende klachten rov. 3.2, waarin het hof heeft geoordeeld dat art. 551a Sv met voldoende precisie aangeeft onder welke omstandigheden een burger rekening ermee moet houden dat hij met een strafrechtelijke ontruiming wordt geconfronteerd. Daartoe wordt aangevoerd, kort gezegd, dat de Staat de 'margin of appreciation' die hem bij de beoordeling op de voet van art. 8 lid 2 EVRM toekomt, heeft overschreden, aangezien art. 551a Sv zo is geformuleerd dat de burger daarop niet met voldoende zekerheid zijn gedrag kan afstemmen.
- 3.3.2. Voor zover de klachten inhouden dat het hof ook andere aspecten bij zijn beoordeling had dienen te betrekken dan het ontbreken van voldoende voorzienbaarheid waarover het in rov. 3.2 heeft geoordeeld, kunnen zij niet tot cassatie leiden. Het hof, aan wie de uitleg van de gedingstukken is voorbehouden, heeft klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk de desbetreffende stellingen van verweerder c.s. in het door hun grief 2 omliggende geschil in hoger beroep opgevat als beperkt tot de vraag of art. 551a Sv voldoet aan de eisen van voldoende kenbaarheid, voorzienbaarheid en nauwkeurigheid.
Deze vraag heeft het hof bevestigend beantwoord. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, in het bijzonder ook niet van de eis in het tweede lid van art. 8 EVRM dat een inbreuk op het huisrecht 'bij de wet voorzien' moet zijn, en is toereikend gemotiveerd. Voor zover de klachten dat oordeel bestrijden, falen zij. De wettelijke bevoegdheid tot ontruiming van art. 551a Sv bestaat onmiskenbaar slechts bij verdenking van 'kraken' en kan slechts in zodanig geval worden uitgeoefend, zodat voor eenieder duidelijk is wanneer met ontruiming rekening moet worden gehouden. Anders dan verweerder c.s. lijken te veronderstellen, is die bepaling niet onduidelijk omdat OM en politie van deze bevoegdheid feitelijk een onjuist gebruik zouden kunnen maken, maar gaat het erom of die bepaling duidelijk maakt onder welke voorwaarden deze bevoegdheid bestaat, zodat de rechtsgenoten hun gedrag daadwerkelijk op de gestelde normen kunnen afstemmen.
- 3.3.3. Opmerking verdient nog het volgende. Niet in geschil is dat de wetgever heeft kunnen besluiten om in art. 138a Sr het wederrechtelijk binnendringen en vertoeven in woningen en gebouwen algemeen strafbaar te stellen. Bij de belangen die de legitimiteit van de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv mede bepalen heeft de wetgever rekening gehouden met de bescherming van het recht van de eigenaar van de woning of het gebouw en het belang van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten. Aldus heeft de wetgever, binnen de grenzen van de hem toekomende 'margin of appreciation', in overeenstemming met art. 8 lid 2 EVRM kunnen oordelen dat deze ontruimingsbevoegdheid een legitiem doel dient en in een democratische samenleving noodzakelijk is.
- 3.4.1. Onderdeel 4 van het middel in het incidentele beroep richt zich tegen rov. 5.2 van het bestreden arrest, en klaagt dat het hof daarin ten onrechte de stelling van verweerder c.s. heeft verworpen dat toepassing van art. 138a Sr op gevallen van 'kraken' vóór de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand (en toepassing van art. 551a Sv op die gevallen) strijdig is met het, mede in art. 7 EVRM neergelegde, verbod op terugwerkende kracht van strafbepalingen.
- 3.4.2. Het hof heeft terecht geoordeeld dat het de wetgever vrijstond het wederrechtelijk vertoeven afzonderlijk, los van het wederrechtelijk binnendringen, strafbaar te stellen en dat geen strijd met art. 7 EVRM optreedt in een geval waarin het verblijf dat voor de inwerkingtreding is aangevangen, en nadien wordt voortgezet, strafbaar wordt. Daarop stuit het onderdeel af.

Wijze van bescherming van het huisrecht van de krakers

- 3.5.1. Het principale beroep richt zich in de onderdelen 1 tot en met 4 met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 4.3–4.8 van het bestreden arrest. Het middel in het incidentele beroep komt in onderdeel 3 met diverse klachten op tegen rov. 4.5–4.10. In de bedoelde overwegingen heeft het hof, samengevat, het volgende geoordeeld.
Uit rechtspraak van het EHRM moet worden afgeleid dat het gedwongen verlies van iemands

huis ('home') de meest vergaande vorm van inmenging in de uitoefening van het huisrecht is en dat eenieder die het risico loopt op een dergelijke ernstige inmenging in beginsel de mogelijkheid moet hebben de proportionaliteit van de maatregel te laten toetsen door de rechter, voordat de ontruiming wordt geëffectueerd (rov. 4.3). Dit is in overeenstemming met art. 13 EVRM, dat een effectief rechtsmiddel vereist waarmee een niet-omkeerbare inbreuk op bepaalde mensenrechten kan worden voorkomen.

Bij ontruiming gaat het om een ernstige inbreuk en aannemelijk is te achten dat als eenmaal ontruiming van verweerder c.s. heeft plaatsgevonden, zij niet meer in hun woning zullen kunnen terugkeren, zelfs al zouden zij achteraf in het gelijk worden gesteld. (rov. 4.4).

Ontruiming kan slechts plaatsvinden nadat de voorzieningenrechter over de rechtmatigheid van de ontruiming een uitspraak heeft kunnen doen. Aangezien het recht op 'effective remedy' niet vereist dat tegen de uitspraak in eerste instantie ook een rechtsmiddel openstaat, is noodzakelijk, maar ook voldoende dat verweerder c.s. de gelegenheid krijgen het oordeel van de voorzieningenrechter in te roepen. Het OM behoeft evenwel niet de uitkomst van een eventueel tegen die uitspraak ingesteld hoger beroep af te wachten. (rov. 4.5). Er zijn bij de huidige stand van zaken onvoldoende waarborgen dat de mogelijkheid van een kort geding voor degenen die dreigen ontruimd te worden een effectief rechtsmiddel is. Daarvoor zou op zijn minst vereist zijn dat de ontruiming op een zodanige termijn wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is om een kort geding aanhangig te maken en voorts dat, indien van die gelegenheid gebruik wordt gemaakt, niet tot ontruiming wordt overgegaan voordat de voorzieningenrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. In de Wet kraken en leegstand is daarover niets geregeld. In beginsel zou toereikend te achten zijn als nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM zodanige waarborg zouden bieden. (rov. 4.6).

Niet relevant is dat verweerder c.s., zoals de Staat heeft aangevoerd, in de onderhavige zaak in ieder geval toch een kort geding hebben aangespannen en de uitkomst daarvan hebben kunnen afwachten. Nu op dit punt een bindende regeling ontbreekt, hebben voor verweerder c.s. niet de aan de eisen van art. 8 en 13 EVRM beantwoordende waarborgen bestaan en is een ontruiming in strijd met het EVRM. Het onderhavige kort geding gaat niet over de vraag of ten aanzien van verweerder c.s. een verdenking als bedoeld in art. 551a Sv bestaat, maar heeft naar de bedoeling van partijen vooral een principieel karakter. (rov. 4.7).

Gelet op de ernst van de inbreuk op het huisrecht die ontruiming impliceert, is slechts bij hoge uitzondering denkbaar dat ontruimd wordt voordat de rechter uitspraak heeft gedaan, zoals wanneer de openbare veiligheid zodanig onverwijld ontruiming eist dat zelfs de uitspraak van de voorzieningenrechter niet kan worden afgewacht. Ook hiervoor geldt dat mogelijke uitzonderingen op de regel nauwkeurig moeten zijn omschreven, hetzij in een wettelijke regeling, hetzij in gepubliceerde beleidsregels. (rov. 4.8).

Een kort geding is, anders dan verweerder c.s. stellen, een effectief rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM, waarbij de voorzieningenrechter, als het gaat om inmenging in een door art. 8 EVRM gewaarborgd recht, grondig dient te onderzoeken of de redenen die de Staat voor de inmenging geeft deze kunnen dragen (rov. 4.9). Een dergelijk kort geding staat niet op gespannen voet met de onschuldpresumptie en komt niet in strijd met het non-incriminatiebeginsel (rov. 4.10).

- 3.5.2. Uitgangspunt bij de beoordeling van de bedoelde onderdelen is dat aan verweerder c.s., ook als krakers, het huisrecht toekomt. Dat berust erop dat het begrip 'woning' ('home' in de Engelse tekst) in art. 8 lid 1 EVRM een feitelijke inhoud heeft en "does not depend on the lawfulness of the occupation under domestic law", zoals vaste rechtspraak is van het EHRM (bijvoorbeeld McCann tegen het Verenigd Koninkrijk, no. 19009/04, EHRM 13 mei 2008, punt 46) en ook aan de hiervoor in 3.1.6 vermelde uitspraak van de Hoge Raad ten grondslag ligt.
- 3.5.3. Uitgangspunt is eveneens dat ontruiming een zeer ernstige aantasting vormt van het huisrecht en dat eenieder die het risico loopt op een dergelijke zeer vergaande inmenging in de uitoefening van zijn huisrecht in beginsel de mogelijkheid moet hebben de proportionaliteit van de maatregel te laten toetsen door een onafhankelijke rechter met het oog op beantwoording

van de vraag of deze inbreuk in concreto voldoet aan de eisen van art. 8 EVRM (vgl. onder meer de hiervoor genoemde uitspraak McCann tegen het Verenigd Koninkrijk, punt 50). Daarbij gaat het erom dat toereikende procedurele waarborgen dienen te bestaan dat degene op wiens huisrecht een inbreuk wordt gemaakt of dreigt te worden gemaakt, de proportionaliteit van de maatregel aan de rechter kan voorleggen.

- 3.5.4.** Met het voorgaande is niet de vraag beantwoord die in deze zaak de kern van het geschil uitmaakt, te weten of de kraker die met ontruiming op de voet van art. 551a Sv wordt bedreigd (steeds) in de gelegenheid moet zijn deze maatregel aan de rechter voor te leggen voordat de ontruiming wordt geëffectueerd. Verweerder c.s. hebben een bevestigend antwoord bepleit en het hof heeft dat standpunt aanvaard, maar door de Staat wordt dit bestreden. Beoordeeld moet worden of zonder een dergelijke voorafgaande rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de (dreigende) schending van art. 8 EVRM wordt voldaan aan het vereiste dat de betrokkene in een dergelijk geval een 'daadwerkelijk rechtsmiddel' ('effective remedy', 'recours effectif') als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste moet staan.
- 3.5.5.** Naar vaste rechtspraak van het EHRM volstaat voor de aanspraak op een 'effective remedy' in het kader van art. 13 EVRM niet dat een persoon stelt dat zijn door het EVRM gewaarborgd recht dreigt te worden geschonden, maar dient het te gaan om een verdedigbare klacht ('arguable claim' of 'arguable complaint'; vgl. onder meer A. tegen Nederland, no. 4900/06, EHRM 20 juli 2010, punt 155, en Conka tegen België, no. 51564/99, EHRM 5 februari 2002, punt 76). Dat betekent hier dat de betrokkene moet kunnen aantonen dat een ongerechtvaardigde inbreuk dreigt te worden gemaakt op zijn door art. 8 EVRM gewaarborgde huisrecht. Of een zodanige verdedigbare klacht bestaat, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de aard en het belang van het ingeroepen recht, de ernst van de inbreuk, de mate waarin door de voorgenomen maatregel de legitieme belangen van derden worden beschermd, de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de vestiging in de 'woning' ('home') (vgl. voor dit laatste: Chapman tegen het Verenigd Koninkrijk, no. 27238/95, EHRM 18 januari 2001, punt 102), en de mate waarin redres mogelijk is.
- 3.5.6.** Het hof heeft in rov. 4.4 geoordeeld dat de gevolgen van een ontruiming van verweerder c.s. op de voet van art. 551a Sv onomkeerbaar zijn, in die zin dat zij na ontruiming niet meer in de woning zullen kunnen terugkeren. Dit oordeel wordt door onderdeel 1c van het middel in het principale beroep bestreden, doch tevergeefs. Het oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is, als berustende op een waardering van de omstandigheden van het geval, van feitelijke aard. Het oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is voldoende gemotiveerd. Daarbij heeft het hof in aanmerking kunnen nemen dat bij een strafrechtelijke ontruiming een civielrechtelijke titel voor het verblijf zal ontbreken, waardoor terugkeer in de woning niet voor de hand ligt.
- 3.5.7.** Volgens de Staat zal ontruiming op de voet van art. 551a Sv slechts plaatsvinden ingeval buiten redelijke twijfel staat dat het verblijf in het pand wederrechtelijk is. Dat betekent dat in het algemeen ervan kan worden uitgegaan dat de met ontruiming bedreigde kraker zich onrechtmatig, dat wil zeggen zonder recht of titel, in het pand bevindt. Volgens de Staat betekent dit dat een nadere afweging van belangen in het kader van de krachtens art. 8 lid 2 EVRM voorgeschreven concrete proportionaliteitstoets overbodig is, aangezien in art. 551a Sv die afweging reeds is gemaakt doordat de wetgever het belang van de eigenaar van het pand heeft laten prevaleren. Als sprake is van wederrechtelijk verblijf is ontruiming steeds proportioneel te achten, aldus de Staat.
- Die opvatting van de Staat kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Weliswaar zal het doorgaans zo zijn dat in het concrete geval het belang van de eigenaar het zwaarst zal wegen, maar niet kan worden uitgesloten dat gelet op de zeer ernstige inbreuk op het huisrecht en de onomkeerbare gevolgen van een ontruiming, het belang van de kraker in het concrete geval, bijvoorbeeld voor beperkte tijd, toch zwaarder weegt. Aan de omstandigheid dat het verblijf wederrechtelijk is, kan dus niet de gevolgtrekking worden verbonden dat een kraker geen verdedigbare klacht kan hebben over (dreigende) schending van zijn huisrecht. De gestelde omstandigheid dat het OM alvorens tot ontruiming te besluiten zal hebben

nagegaan of de wederrechtelijkheid van het verblijf buiten redelijke twijfel staat, vormt dus nog niet een toereikende waarborg van de desbetreffende belangen van de kraker. Het is de onafhankelijke rechter die zal dienen te onderzoeken of de in abstracto door de wetgever gegeven voorrang aan het belang van de openbare orde, het beëindigen van strafbare feiten en de bescherming van de rechten van derden boven het huisrecht van de kraker, in het concrete geval de proportionaliteitstoets kan doorstaan. Die belangenafweging kan alleen plaatsvinden als de kraker feiten of omstandigheden aanvoert en aannemelijk maakt die in het concrete geval tot een andere dan de door de wetgever gemaakte afweging nopen, waarbij uitgangspunt zal hebben te gelden dat een eigenaar het recht heeft om over zijn pand te beschikken zoals hij wil.

- 3.5.8.** Het voorgaande brengt mee dat het oordeel van het hof dat, gelet op de bedoelde ernst van de inbreuk en de onomkeerbaarheid van de gevolgen, de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing vooraf dient te bestaan, tevergeefs wordt bestreden door de onderdelen 1a, 1b en 1d van het middel in het principale beroep, waarin naar de kern wordt betoogd dat als gevolg van de wederrechtelijkheid van het verblijf de ontruiming van een kraakpand op de voet van art. 551a Sv altijd en zonder meer de toets van art. 8 EVRM kan doorstaan.
- 3.5.9.** Het hof heeft geoordeeld dat uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming van het huisrecht de ontruiming van verweerder c.s. in beginsel slechts kan plaatsvinden nadat de krakers het oordeel van de voorzieningenrechter in eerste aanleg over de rechtmatigheid van de ontruiming hebben kunnen invoeren, dat het OM wel de uitkomst daarvan moet afwachten, maar niet de uitkomst van een eventueel daartegen door de kraker(s) ingesteld hoger beroep behoeft af te wachten, dat voor de effectiviteit van het rechtsmiddel is vereist dat, behoudens bijzondere omstandigheden, de ontruiming op een zodanig tijdstip wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is om een kort geding aanhangig te maken en dat, bij gebreke van een regeling terzake in de Wet kraken en leegstand, slechts nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM een voldoende waarborg dienaangaande bieden. Die oordelen zijn juist; in het bijzonder miskennen zij niet het voorschrift van art. 13 EVRM. Zoals ook de Staat in cassatie heeft opgemerkt (nota van repliek onder 6), is met art. 551a Sv beoogd de destijds bestaande strafvorderlijke ontruimingspraktijk te bestendigen, waarbij om redenen van proportionaliteit niet zelden een ontruiming werd aangezegd, de uitkomst van een kort geding werd afgewacht en een redelijke ontruimingstermijn werd gelaten, maar waarbij een vast en algemeen beleid van het OM ontbrak. Daarbij geldt dat, naar ook het hof heeft overwogen in rov. 4.8, onder bijzondere omstandigheden, zoals indien de openbare veiligheid tot onverwijlde ontruiming noopt, niet aan (elk van) de gestelde vereisten behoeft te worden voldaan.
- 3.5.10.** In verband met de betekenis van de beslissingen in de onderhavige zaak voor andere gevallen van strafrechtelijke ontruiming op de voet van art. 551a Sv wordt nog het volgende opgemerkt. Naar aanleiding van de bestreden uitspraak heeft het College van procureurs-generaal een beleidsbrief opgesteld over het voorlopig te volgen beleid bij voorgenomen strafrechtelijke ontruiming. Deze is op 2 december 2010 in de Staatscourant gepubliceerd (*Stcrt.* 2010, nr. 19500). Die beleidsbrief houdt onder meer het volgende in:

“Het in deze brief omschreven beleid geldt tot nader bericht van het College. Het College zal het beleid herbezielen nadat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan.

Uitgangspunt

Het kraakverbod, dat vanaf 1 oktober 2010 van kracht is, zal door politie en Openbaar Ministerie onverkort worden gehandhaafd. Krakers weten dat zij zich schuldig maken aan een strafbaar feit (overtreding van art. 138, 138a of 139 Sr) en dat zij derhalve rekening dienen te houden met ontruiming van het door hen gekraakte pand. Krakers hebben de mogelijkheid om tegen een voorgenomen ontruiming een kort geding aan te spannen. Rekening houdend met het arrest van het Gerechtshof te Den Haag, is besloten dat ontruiming op basis van art. 551a Sv in beginsel aan de bewoners van een kraakpand worden aangekondigd en dat in beginsel zal worden gewacht met ontruimen totdat de

voorzieningenrechter zich over een voorgenomen ontruiming heeft uitgelaten, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden, die hierna nader worden omschreven.

Aankondiging en kort geding

Een ontruiming wordt door of namens het Openbaar Ministerie schriftelijk bij de bewoners van het te ontruimen pand aangekondigd, tenzij sprake is van de hieronder genoemde uitzonderingsgevallen.

In de aankondiging wordt vermeld dat de ontruiming zal plaatsvinden binnen acht weken na de aankondiging (eventueel, maar niet noodzakelijk, met vermelding van de precieze voorgenomen ontruimingsdatum), doch niet binnen de eerste zeven dagen van die termijn, teneinde de krakers in de gelegenheid te stellen binnen die zeven dagen een kort geding aanhangig te maken door middel van het uitbrengen van een dagvaarding tegen de Staat met daarin een datum en tijd van behandeling. Bij de berekening van deze termijn wordt de Algemene termijnenwet aangehouden.

Indien (tijdig) van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, zal het vonnis van de voorzieningenrechter worden afgewacht.

Indien (en zodra) zich een of meer bijzondere omstandigheden voordoen, zoals hieronder omschreven, kan het wederrechtelijk bewoonde pand terstond — en dus zonder dat een eventueel kort geding wordt afgewacht — worden ontruimd.

Bijzondere omstandigheden

In bepaalde omstandigheden kan worden afgeweken van de hoofdregel om ontruiming van te voren aan te kondigen en te wachten met ontruimen tot een voorzieningenrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. Dit betreft de volgende situaties:

- de krakers worden verdacht van huisvredebreuk (138 Sr) waarbij het huisrecht van een ander wordt geschonden;
- de krakers worden verdacht van andere strafbare feiten, tengevolge waarvan de rechthebbende van het pand ernstig wordt getroffen (bijvoorbeeld: een bedrijf kan door de kraak niet meer functioneren of er worden ernstige vernielingen aangericht);
- door de wederrechtelijke bewoning ontstaat een gevaarlijke situatie of blijft deze in stand voor de krakers zelf, voor hun omgeving (bijvoorbeeld brandgevaar of instortingsgevaar) of voor bij ontruiming betrokken personen (bijvoorbeeld door het barricaderen van panden of het aanbrengen van boobytraps);
- er is sprake van (ernstige vrees voor) verstoring van de openbare orde en veiligheid door de krakers, in of in de omgeving van het wederrechtelijk bewoonde pand.”

De in deze brief vervatte op art. 551a Sv gebaseerde beleidsregels voldoen aan de hiervoor geformuleerde vereisten, ook in dit opzicht dat men van die gepubliceerde regels, al zijn deze niet in een wet in formele zin vastgelegd, kan kennisnemen en met voldoende zekerheid zijn gedrag daarop kan afstemmen en zij aldus kunnen worden aangemerkt als ‘bij de wet voorzien’ als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM. De enkele omstandigheid dat deze regels niets inhouden over de wijze waarop moet worden omgegaan met aan de kraker toebehorende zaken die zich in het te ontruimen pand bevinden, maakt dit niet anders. Bij een deugdelijk vooraf aangekondigde ontruiming op de voet van art. 551a Sv zal in het algemeen zijn voldaan aan de door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM verlangde procedurele waarborgen ter bescherming van (het ongestoorde genot van) het eigendomsrecht; het zal dan aan de kraker zijn de hem toebehorende zaken zelf (tijdig) te (doen) verwijderen (vgl. Hof Amsterdam 1 maart 2011, LJN BP6209, rov. 3.5.3). Bij gebreke daarvan kan de ontruimde zich in beginsel niet erover beklagen dat zijn bezittingen door OM en politie worden verwijderd.

3.5.11. De onderdelen 2 en 3a-3c (voor zover de daarin verwoorde klachten niet voortbouwen op de reeds verworpen klachten van onderdeel 1) van het middel in het principale beroep stuiten op het vorenstaande af.

Datzelfde geldt voor de onderdelen 3.1–3.2 en 3.4–3.6 van het middel in het incidentele beroep.

Anders dan daarin wordt betoogd, heeft het hof zonder miskenning van art. 13 EVRM geoordeeld dat een kort geding in één instantie een voldoende effectief rechtsmiddel vormt ter bescherming van het huisrecht van de krakers en dat voor een verdergaande bescherming geen noodzaak bestaat. Ook onderdeel 3.3, dat opkomt tegen rov. 4.10, faalt. Het oordeel van het hof dat de mogelijkheid een kort geding te voeren voorafgaand aan een ontruiming op de voet van art. 551a Sv toereikend is en dat zulks niet in strijd is met de onschuldpresumptie of het non-incriminatiebeginsel is juist.

3.5.12. Ten slotte faalt ook onderdeel 4 van het middel in het principale beroep, dat zich keert tegen rov. 4.7. Het hof heeft de standpunten van partijen klaarblijkelijk aldus opgevat dat zij in deze proefprocedure de kernvraag beantwoord wensen te zien of een strafrechtelijke ontruiming op de voet van art. 551a Sv ontoelaatbaar is als niet vooraf de gelegenheid is geboden de rechtmatigheid daarvan aan de rechter voor te leggen en dat in het onderhavige geding niet aan de orde is of de ontruiming van verweerder c.s. om andere redenen niet zou zijn toegestaan. Die uitleg is aan het hof voorbehouden. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk.

4. Slotsom

Waar alle aangevoerde klachten in het principale en in het incidentele middel tevergeefs zijn voorgesteld, moeten de beroepen worden verworpen.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van verweerder c.s. begroot op € 361,34 aan verschotten en € 2200 voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt verweerder c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2200 voor salaris.

Noot

Auteur: J.G. Brouwer en A.E. Schilder

1. In deze zaak gaat het over de rechtmatigheid van een strafrechtelijke ontruiming van een kraakpand op de voet van art. 551a Sv. Die bepaling is onderdeel van de op 1 oktober 2010 in werking getreden 'Wet kraken en leegstand' (*Stb.* 2010, 320). Met deze wet hoopten de initiatiefnemers, de Kamerleden Ten Hoopen (CDA), Slob (CU) en Van der Burg (VVD) voorgoed af te rekenen met het fenomeen kraken als inbreuk op het eigendomsrecht. De wet voorziet in een integrale aanpak van kraken en leegstand: zij stelt kraken strafbaar, maar creëert ook een grondslag voor een leegstandsverordening waarin gemeenten pandeigenaren kunnen verplichten leegstand te melden. Alvorens op de merites van de hierboven afgedrukte uitspraak in te gaan, bespreken we eerst de voorgeschiedenis van deze Wet kraken en leegstand en haar inhoud.
2. Het kraken van woningen kent een lange geschiedenis en leidt al vele jaren tot maatschappelijk debat. Tegenover het belang van bescherming van eigendom staan legitieme aanspraken van woningzoekenden op betaalbare huisvesting in een periode van leegstand en woningnood. Het begin van het juridische kraakverhaal is een uitspraak van de Hoge Raad in 1969, waarin het bestanddeel 'wederrechtelijk binnendringen' in art. 138 Sr beperkt wordt uitgelegd (HR 16 december in 1969, *NJ* 1971/96; zie ook HR 16 november 1971, *NJ* 1972/43): het binnentreden tegen de wil van de bewoner kan onder omstandigheden — bijvoorbeeld in geval van grote woningnood — gerechtvaardigd zijn. Vervolgens beslist de cassatierechter in 1971 dat het kraken van een woning slechts huisvredebreuk oplevert indien een leegstaande woning feitelijk

als woning bij een ander in gebruik is (HR 2 februari 1971, *NJ* 1971/385). Deze ontwikkeling maakte het buitengewoon lastig om krakers strafrechtelijk aan te pakken (Hof Amsterdam 9 januari 1981, *NJ* 1981/386 en 21 juni 1984, *WR* 1984/116). Vorderingen van eigenaren die voor het ontruimen van een pand hun toevlucht tot het in art. 5:1 BW vastgelegde eigendomsrecht zoeken, zijn niet alleen kostbaar, maar ook lang niet altijd succesvol. De krakers houden hun identiteit geheim en anoniem dagvaarden is dan nog niet mogelijk. Nadat een anti-kraak wetsvoorstel vanwege zijn eenzijdige perspectief in de Eerste Kamer strandt, treedt in 1986 een volkomen uitgeholde Leegstandswet in werking die anoniem dagvaarden mogelijk maakt. De Huisvestingswet van 1993 biedt aan gemeenten de mogelijkheid om een — naar later zal blijken niet functionerend — facultatief leegstandregister in te voeren. Tegelijkertijd wordt in art. 429sexies Sr het kraken van een woning die minder dan een jaar feitelijk niet — reëel — in gebruik is, strafbaar gesteld (HR 10 juni 1997, *NJ* 1997/738). Pogingen om die, wat wordt genoemd, gebruiksbeschermingstermijn in de APV te verlengen lijden schipbreuk.

Jarenlang ontruimt de politie vervolgens in opdracht van het OM kraakpanden op deze strafrechtelijke basis. Een kraker verwerft weliswaar net als iedere andere burger die zijn intrek heeft genomen in een niet in gebruik zijnde woning huisrecht met als gevolg dat niemand — dus ook de eigenaar niet — de woning mag betreden zonder zijn toestemming, maar tot 2009 beschouwt de rechter art. 429sexies Sr in verbinding met art. 124 Wet op de Rechterlijke Organisatie en art. 2 Politiewet 1993 als voldoende grondslag voor een inbreuk op het in art. 12 Grondwet, art. 8 EVRM en art. 17 BUPO-verdrag toegekende huisrecht (Hof Amsterdam 19 januari 1995, *NJ* 1996/185 en Rb. Arnhem (vzr.) 7 mei 2008, LJN BD1120 en BD1116). Nadat eerder al de Rechtbank Almelo ((vzr.) 18 februari 2005, *NJF* 2005/202) en het Hof Arnhem (26 februari 2008, LJN BG1456) als ook Hof Leeuwarden (25 november 2008, LJN BG5205) oordeelden dat voor de strafrechtelijke ontruiming van kraakpanden de formeel wettelijke grondslag ontbreekt, komt de Hoge Raad in 2009 hierbij verwijzend naar zijn eigen *Zwolsman*-arrest (HR 19 december 1995, *NJ* 1996/249, m.nt. T.M. Schalken) tot de slotsom dat de taakomschrijvingen van het OM en de politie in respectievelijk art. 124 RO en art. 2 Polw 1993, ook in samenhang met art. 429sexies Sr niet beantwoorden aan de maatstaf van voldoende kenbaarheid en voorzienbaarheid en derhalve geen basis kunnen vormen voor een gerechtvaardigde inbreuk op het huisrecht van krakers door middel van ontruiming (HR 9 oktober 2009, LJN BJ1254; *NJ* 2010/213, m.nt. P.A.M. Mevis).

3. Op het moment van die uitspraak zit de eerder genoemde 'Wet kraken en leegstand' al ver in de pijlpijn. Hoewel hard bewijs ontbreekt, is de formele aanleiding hiervoor de verharding van de kraakwereld. Mede naar aanleiding van een verklaring van dertig grote gemeenten die in 2008 aangeven dat kraken nauwelijks nog als een probleem wordt ervaren, betwijfelt de Eerste Kamer de noodzaak van een kraakverbod, maar stemt zij uiteindelijk toch in (zie ook het advies van de Raad van State: Kamerstukken II 2008/09, 31 560, nr. 4).
4. De Wet kraken en leegstand heeft een tweeledig doel: het strafbaar stellen van kraken en de aanpak van leegstand. Gemeenten kunnen een leegstandsverordening vaststellen op grond waarvan eigenaren van kantoor- en bedrijfspanden kunnen worden verplicht leegstand te melden op straffe van een bestuurlijke boete. Voor woningen bevat art. 8 Huisvestingswet een dergelijke mogelijkheid. In een ingevoegd art. 138a Sr wordt het kraken nu strafbaar gesteld als misdrijf. Hiermee komt voorlopige hechtenis binnen bereik en kunnen er fors hogere straffen opgelegd worden dan eerder op grond van het geschrapte, 'slechts' een overtreding opleverende art. 429sexies Sr. Art. 551a Sv vormt nu de expliciete, formeel wettelijke grondslag voor de ontruimingsbevoegdheid van de politie: "In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in de artikelen 138, 138a en 139 van het Wetboek van Strafrecht kan iedere opsporingsambtenaar de desbetreffende plaats betreden. Zij zijn bevoegd alle personen die daar wederrechtelijk vertoeven, alsmede alle voorwerpen die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen." (Kamerstukken II 2008/09, 31 560, nr. 5). Aangifte van de eigenaar is niet vereist, het simpele wederrechtelijke binnendringen dan wel het wederrechtelijke verblijf is strafbaar (Kamerstukken II 2008/09, 31 560, nr. 6, p. 8).
5. Met deze bevoegdheid meenden de initiatiefnemers een solide wettelijke basis te leggen onder de strafrechtelijke ontruiming van een woning door de politie. Dat blijkt echter niet het geval. Vanzelfsprekend heeft de wetgever het recht en de bevoegdheid om een basis te scheppen voor het doen beëindigen van een strafbaar feit. Volgens het EVRM komt aan de wetgever echter niet onder alle omstandigheden de bevoegdheid toe om een rechtsbasis voor ingrijpen te creëren die zonder rechterlijke toets kan worden toegepast. De vraag is of de aanpak van het strafbare feit kraken zich hiertoe wel leent. Het achterliggende doel van het strafrechtelijk verbod om te kraken en derhalve ook de strafrechtelijke ontruiming is de bescherming van de openbare orde, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten alsmede de

bescherming van de rechten en vrijheden van de eigenaren van de gekraakte opstallen. Dat zijn stuk voor stuk legitieme belangen die de wetgever hier behartigt. En toch oordeelt de rechter een strafrechtelijke ontruiming niet zonder meer toelaatbaar. Volgens het Haagse gerechtshof is een strafrechtelijke ontruiming van een kraakwoning alleen toegestaan indien de krakers in verband met hun mogelijke aanspraak op het huisrecht zoals gewaarborgd in art. 8 EVRM, voorafgaand de gelegenheid hebben de ontruiming ter beoordeling voor te leggen aan de rechter. Niet noodzakelijk is dat die waarborg in de wet is vastgelegd. In beginsel oordeelt het hof het voldoende, indien “nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM voldoende waarborg bieden dat bij dreigende ontruiming afdoende gelegenheid bestaat het oordeel van de voorzieningenrechter (in één instantie) in te roepen en dat het OM diens oordeel zal afwachten voordat tot ontruiming zal worden overgegaan.” Zolang het beleid van het OM per arrondissement verschilt, aan wijziging onderhevig is en niet is gepubliceerd, wordt aan deze eis niet voldaan (Hof 's-Gravenhage 8 november 2010, LJN BO3682).

6. Het College van procureurs-generaal pakt de handschoen van het hof direct op. Het publiceert beleidsregels met als algemeen uitgangspunt dat krakers een termijn van ten minste een week wordt geboden om een voorgenomen ontruiming aan de voorzieningenrechter voor te leggen (*Stcr.* 2010, nr. 19500). Bij een acute noodzaak tot ontruiming voorziet de beleidsregel in een kortere termijn van twee dagen. Van zo'n noodzaak is sprake wanneer a. het huisrecht van een ander wordt geschonden, b. de rechthebbende van het pand ernstig wordt benadeeld, c. er een gevaarlijke situatie ontstaat, of d. sprake is van een (ernstige vrees voor) verstorend van de openbare orde en veiligheid in de nabijheid van het pand. Inmiddels is een aantal ontruiming met inachtneming van deze beleidsregels aan de rechter voorgelegd. In de eerste zaak hierover (Rb. Assen 2 maart 2011, LJN BP6603) beslist de rechter dat nu de krakers voorafgaand aan de ontruiming toegang hebben gehad tot de rechter en die tot de slotsom komt dat de belangenafweging in het voordeel van de eigenaar uitvalt, het OM over mag gaan tot ontruiming van een gekraakte badmeesterswoning op een voormalig campingterrein in Roden (in dezelfde zin: Rb. Amsterdam (vzr.) 18 maart 2011, LJN BP8115). Dat het hier niet om een obligate toets gaat, bewijst een recente en verderop in deze aflevering (AB 2012/351) gepubliceerde uitspraak waarin de geplande ontruiming de proportionaliteitstoets niet doorstaat (Rb. Groningen (vzr.) 5 oktober 2012, LJN BX9276).
7. In het arrest hier aan de orde bevestigt de Hoge Raad de rechtsopvatting van het Hof dat art. 551a Sv in verbinding met de door het OM gepubliceerde beleidsregels een legitieme basis legt onder een strafrechtelijke ontruiming. Een aantal redeneerstappen is hiervoor nodig. De eerste is dat art. 138 Sr beschermt tegen het wederrechtelijk binnendringen van zo'n woning. Van een 'woning' in de zin van de Grondwet is sprake indien een pand feitelijk wordt bewoond. Niet van belang is of de bewoner daar krachtens enig recht woont (zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 30 juni 1915, nr. W9883; HR 2 februari 1971, *NJ* 1971/385, m.nt. C. Bronkhorst en HR 4 september 2007, *NJ* 2007/491). Deze van oudsher door de Nederlandse rechter aangehangen opvatting strookt met die van het EHRM (zie bijvoorbeeld EHRM 25 september 1996, *NJ* 1997/555, m.nt. EJD (*Buckley/Verenigd Koninkrijk*) (20348/92; Reports 1996, 172; *NJ* 1997/449; *NJCM-Bulletin* 1998, 303). In de *McCann*-uitspraak overweegt het EHRM expliciet “whether a property is to be classified as a ‘home’ is a question of fact and does not depend on the lawfulness of the occupation under domestic law” (EHRM 13 mei 2008, *McCann/UK*, nr. 19008/04). De bescherming van art. 8 EVRM mag niet afhankelijk zijn van de uitkomst van eventuele meningsverschillen over wie krachtens privaatrecht aanspraak kan maken op de bewoning van een pand.
8. Een volgende stap in de redenering van de Hoge Raad is het oordeel — conform de opvatting van het EHRM — dat ontruiming een zeer ernstige aantasting van het in art. 8 EVRM gewaarborgde huisrecht vormt. In verband met de garantie van effectieve rechtsbescherming in de zin van art. 13 EVRM, dient het in beginsel mogelijk te zijn de proportionaliteit van de ontruiming vooraf te laten toetsen door een onafhankelijke rechter: “The loss of one’s home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home. Any person at risk of an interference of this magnitude should in principle be able to have the proportionality of the measure determined by an independent tribunal in the light of the relevant principles under Article 8 of the Convention, notwithstanding that, under domestic law, his right of occupation has come to an end” (zie bijvoorbeeld EHRM 16 juli 2009, nr. 20082/02 (*Zehentner/Oostenrijk*)). Dat was expliciet niet de bedoeling van de wetgever. In de toelichting op art. 551a lezen we: “De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, die bij de uitoefening van elke strafvorderlijke bevoegdheid in acht behoren te worden genomen, brengen mee dat de krakers in de regel eerst in de gelegenheid worden gesteld vrijwillig het pand te verlaten” (Kamerstukken II

9. Voorwaarde voor voorafgaande rechtsbescherming is echter wel dat de met ontruiming bedreigde persoon een *arguable claim* heeft. De betrokkene moet met goede argumenten aankomen om zijn stelling te staven dat een ongerechtvaardigde inbreuk dreigt te worden gemaakt op zijn door art. 8 EVRM gewaarborgde huisrecht. Wanneer daarvan sprake is, hangt volgens het EHRM af van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder a. de aard en het belang van het ingeroepen recht, b. de ernst van de inbreuk, c. de mate waarin door de voorgenomen maatregel de legitieme belangen van derden worden beschermd, d. de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de vestiging in de woning en e. de potentiële onomkeerbaarheid van een beslissing (zie bijvoorbeeld EHRM 18 januari 2001, Appl. nr. 27238/95 (*Chapman/Engeland*)), EHRM 5 februari 2002, Appl. nr. 51564/99 (*Conka/België*), EHRM 11 oktober 2002, Appl. nr. 40035/98 (*Jabari/Turkije*) en EHRM 20 juli 2010, Appl. nr. 4900/06 (*A/Nederland*)).
10. Van een *arguable claim* kan volgens de Staat in het geval van krakers niet worden gesproken, het OM gaat uitsluitend tot ontruiming over indien buiten redelijke twijfel staat dat het verblijf in een pand onrechtmatig is. Een nadere afweging van belangen per geval in het kader van de proportionaliteitstoets zou daarmee overbodig zijn. De Hoge Raad deelt die opvatting van de Staat niet. De cassatierechter is van mening dat een klacht van een kraker aan de onafhankelijke rechter moet kunnen worden voorgelegd, die zal dienen te onderzoeken “of de in abstracto door de wetgever gegeven voorrang aan het belang van de openbare orde, het beëindigen van strafbare feiten en de bescherming van de rechten van derden boven het huisrecht van de kraker, in het concrete geval de proportionaliteitstoets kan doorstaan.” Aan de omstandigheid dat het verblijf wederrechtelijk is, kan niet per definitie de gevolgtrekking worden verbonden dat een kraker geen verdedigbare klacht heeft met betrekking tot een (dreigende) schending van zijn huisrecht.
11. Volgens de Procureur-Generaal zullen krakers op wier huisrecht met toepassing van art. 551a Sv inbreuk zal worden gemaakt, ‘gewoonlijk’ geen *arguable claim* hebben. De Hoge Raad biedt krakers echter ruimhartiger voorafgaande rechtsbescherming door heel algemeen de eis van een individuele toets te stellen. Hiermee wijkt de Raad af van wat de wetgever in abstracto heeft besloten met betrekking tot de afweging van het belang van de krakers en dat van de eigenaar. Zulks roept constitutionele spanningen op in de precare verhouding tussen de rechter en de wetgever (zie hierover J. Gerards, ‘Concrete redelijkheidstoetsing en de rechtspraak van het EHRM’, in: *Geschakeld recht, Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer, p. 180 e.v.). In beginsel is het immers niet aan de rechter om bij de uitleg en toepassing van de wet zijn waardering van relevante maatschappelijke factoren in de plaats te stellen van die van de wetgever, aldus de Procureur-Generaal. En of het afwegingskader van het EHRM hiertoe werkelijk dwingt, is een appreciatieve kwestie. Uit de casuïstiek die voor het Europese Hof heeft gespeeld, valt vanzelfsprekend geen algemene regel te distilleren waaruit valt af te leiden wanneer de rechter de wetgever mag corrigeren (zie bijvoorbeeld EHRM 7 juli 1989, *NJCM-Bulletin* 1990, p. 206, m.nt. Verhey; EHRM 10 april 2007, *EHRC* 2007/73, m.nt. Brems; EHRM 20 december 2007, *EHRC* 2008/34, m.nt. Den Houdijker). Voor zaken met betrekking tot huisvesting heeft het Hof echter al vroegtijdig een schot voor de boeg gegeven: “In spheres such as housing, which plays a central role in the welfare and economic policies of modern societies, the Court will respect the legislature’s judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation”, aldus het Europese Hof (EHRM 28 juli 1999, Appl. nr. 22774/93 (*Immobiliare Saffi/Italië*) en onder verwijzing naar EHRM 19 december 1989, Series A nr. 169 (*Mellacher e.a./Oostenrijk*) en (*Chassagnou e.a./Frankrijk*) [GC], nr. 25088/94, 28331/95 en 28443/95, § 75 ECHR 1999-III).
12. Een volgende te beantwoorden rechtsvraag is of een kort geding in één instantie een voldoende effectief rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM vormt ter bescherming van het huisrecht van de krakers. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend, met als motivering dat de voorzieningenrechter, “als het gaat om inmenging in een door art. 8 EVRM gewaarborgd recht, grondig dient te onderzoeken of de redenen die de Staat voor de inmenging geeft deze kunnen dragen.” Art. 13 EVRM zelf bevat geen duidelijke eisen op dit punt, maar uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat een voorziening naar nationaal recht *effective* is in de zin van deze bepaling, indien daarmee de beweerdelijke dreigende schending voorkomen of een halt toegeroepen kan worden, dan wel adequaat herstel geboden kan worden indien een schending al heeft plaatsgehad (zie de eerder aangehaalde *Mc Cann*-uitspraak en ook: P. van Dijk, ‘Een effective remedy bij overschrijding van de redelijke termijn in de zin van art. 6 EVRM’, in: *Barkhuysen/van Emmerik/Loof* (red.),

Geschakeld recht (zie boven) p. 120). Als middel om een dreigende huisuitzetting te voorkomen, is de voorzieningenprocedure zonder twijfel effectief en voldoet zij aan de eisen van art. 13 EVRM. De opvatting van de krakers dat de mogelijkheid moet worden geboden om door te procederen tot in hoogste instantie — ‘independent and rigorous scrutiny’ — voordat het OM kan optreden, zou het recht op effectieve rechtsbescherming van anderen illusoir maken. Bijvoorbeeld dat van de eigenaar die ook aanspraken kan doen gelden op een verdragsrechtelijk gewaarborgd recht. Hij zou immers al die tijd moeten afwachten of en zo ja wanneer hij weer het genot heeft van zijn recht op eigendom, zoals beschermd in art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

13. De beleidsregels van het College van procureurs-generaal zijn volgens de Hoge Raad voldoende van kwaliteit om de leemte in de wet op te vullen. De beleidsregels voldoen “ook in dit opzicht dat men van die gepubliceerde regels, al zijn deze niet in een wet in formele zin vastgelegd, kan kennisnemen en met voldoende zekerheid zijn gedrag daarop kan afstemmen en zij aldus kunnen worden aangemerkt als ‘bij de wet voorzien’ als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM.” Die redenering sluit aan bij de Straatsburgse jurisprudentie: “the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual adequate protection against arbitrary interference” (EHRM 2 augustus 1984, Series A, Vol. 82, 205. 206). In een latere zaak achtte het EHRM een waarschuwing door middel waarvan de burgemeester duidelijk maakte welk concreet gedrag een persoon achterwege diende te laten om een bewegingsvrijheidsbeperkend bevel van hem krachtens art. 175 Gemw (art. 219 Gemeentewet (oud)) te ontlopen, zelfs voldoende in verband met de voorzienbaarheidsdeis (zie Landvreugd tegen Nederland: EHRM 4 juni 2002, *Gst.* 2003/39, m.nt. D.E. Bunschoten, en AB 2003/19, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder).
14. Interessant tot slot en het vermelden meer dan waard, is dat in Engeland/Wales per 1 september 2012 een strafrechtelijke anti-squatting law in werking is getreden die evenmin ruimte laat voor individuele toetsing. Onder deze Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012, kan de politie krakers verwijderen en arresteren na een gerechtvaardigde klacht hierover van de eigenaar bij haar. De Engelse wetgever komt bij de interpretatie van de bepalingen over het huisrecht en de effectieve rechtsbescherming blijkbaar tot een andere conclusie dan de Hoge Raad. Het Engelse parlement denkt gerechtigd te zijn het gewicht van het belang van het huisrecht van de krakers enerzijds en dat van het eigendomsrecht van de eigenaar anderzijds in abstracto te kunnen wegen en daaraan conclusies te verbinden zoals nu vervat in de (strengere) anti-kraakwet. De hierna opgenomen uitspraak van de Groningse voorzieningenrechter van 5 oktober 2012 (LJN BX9276 (AB 2012/351)) waarin de vordering van de krakers is toegewezen, toont echter aan dat vertrouwen in de overheid goed is, maar controle beter. Of zoals het Europese Hof in de eerder aangehaalde Conka-uitspraak van 2002 overwoog: “even if the risk of error is in practice negligible (...) it should be noted that the requirements of Article 13, and of the other provisions of the Convention, take the form of a guarantee and not of a mere statement of intent or a practical arrangement. That is one of the consequences of the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society, which is inherent in all the Articles of the Convention.”

Voetnoten

Voetnoten

- [1.] Vooral ontleend aan r.o. 1.2 en 1.3 van het in cassatie bestreden arrest.
- [2.] Voordien gold een enigszins vergelijkbare regel als het ging om een woning of gebouw waarvan het gebruik ten hoogste een jaar tevoren was beëindigd, zie art. 429 sexies (oud) Sr.
- [3.] Met aanvankelijk een aantal andere eisers, die echter in cassatie geen partij (meer) zijn.
- [4.] Het arrest van het hof is van 8 november 2010. De cassatiedagvaarding is op 25 november 2010 uitgebracht.
- [5.] Het is — uiteraard — niet aan mij om mij over de wenselijkheid van strafbaarstelling van ‘kraken’ uit te spreken, zeker niet nu de legitimiteit van de strafbaarstelling in art. 138a Sr in cassatie niet aan de orde wordt gesteld. Maar parallellen met delicten als ‘joyriding’ en ‘trespassing’ kunnen de beoordelaar licht de indruk geven dat de wetgever ook ‘kraken’ op goede gronden kón beoordelen als iets waartegen strafrechtelijke wetgeving geboden was.

- [6.] Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt dat op de Overheid een positieve verplichting rust om (binnen zekere, overigens alleszins ruime grenzen) te waarborgen dat de aanspraak op ongestoord genot van als 'possessions' te kwalificeren rechten wordt gerespecteerd, zie bijvoorbeeld EHRM 2 december 2010, Appl. nr. 6722/05 (*Sud Est/Frankrijk*), r.o. 50; EHRM 31 maart 2005, Appl. nr. 62740/00 (*Matheus/Frankrijk*), r.o. 69. Wat dat betreft kan de Overheid zich niet altijd een louter passieve opstelling veroorloven. Dat lijkt mij ook van betekenis voor de beoordeling van de legitimiteit van maatregelen die de Overheid met het oog op (onder meer) de bescherming van 'possessions' neemt.
- [7.] Zie daarover, in uiteenlopende zin, alinea's 2.7-2.15 van de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010/213, m.nt. Mevis; en alinea's 3-9 van de annotatie van Mevis.
- [8.] Uit HR 13 november 2009, *NJ* 2010/240, r.o. 3.2, leid ik af dat het in de beoordeling (in cassatie) betrekken van de ernst van een inbreuk op het eigendomsrecht, niet a priori uitgesloten is.
- [9.] De vraag of de maatregelen waartoe de wetgever aan de hand van deze beoordeling besluit, verenigbaar zijn met het EVRM is 'in belangrijke mate een rechtsvraag', HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469, m.nt. Alkema en Koopmans, r.o. 7.2. Blijkens dezelfde overweging moet echter bij de beantwoording van deze vraag in aanmerking worden genomen dat het in beginsel aan de wetgever is om te beoordelen welke maatregelen terzake van de doelstellingen van de wet (die, zo begrijp ik het, door de rechter met een soortgelijke benadering op hun relevantie mogen worden getoetst), noodzakelijk en aanvaardbaar zijn. De rechtspraak van het EHRM, bijvoorbeeld in de in voetnoot 28 hierna aangehaalde beslissingen, lijkt mij hier geheel mee in overeenstemming.
- [10.] Hier ontleend aan r.o. 50 van EHRM 13 mei 2008, Appl.nr. 19009/04 (*McCann/VK*). (Ik heb de rechtspraak van het EHRM voor een belangrijk deel geraadpleegd via de uitstekende HUDOC databank van het EHRM, veelal aan de hand van de Application. nr.)
- [11.] Ik ga er dan, in aansluiting op wat het hof in r.o. 4.8 van het bestreden arrest heeft overwogen, aan voorbij dat ook als het om mensenrechten gaat, aan de (vuist-)regel 'nood breekt wet' enige gelding toekomt; zodat het min of meer vanzelf spreekt dat men bij evacuaties in humanitaire noodsituaties e.d., geen aanspraak heeft op de rechtsbescherming-vooraf waar verweerder c.s. zich sterk voor maken (zie ook art. 15 EVRM). Zulke noodsituaties zijn in deze zaak niet aan de orde, en aan de uitzondering die daarvoor (mogelijk) bestaat hoeft daarom geen aandacht te worden besteed.
- [12.] In die zin het al aangehaalde arrest EHRM 13 mei 2008, Appl. nr. 19009/04 (*McCann/VK*), r.o. 52-53; EHRM 21 september 2010, Appl. nr. 37341/06 (*Kay c.s./VK*), r.o. 74; EHRM 15 januari 2009, Appl. nr. 28261/06 (*Cosic/Kroatië*), r.o. 21-23; EHRM 27 mei 2004, Appl. nr. 66746/01 (*Connors c.s./VK*), r.o. 92-95. Ik vermeld nog het arrest EHRM 16 juli 2009, Appl. nr. 20082/02 (*Zehentner/Oostenrijk*), waarnaar het hof in r.o. 4.3 van het bestreden arrest verwijst. (Ook) in die zaak ging het niet over de vraag of men, voorafgaand aan de vergaande ingreep in het 'huisrecht' van ontruiming, toegang tot de rechter moet krijgen, maar om de vraag of aan een door geestesstoornis onbekwame rechtsgenoot per saldo elke toegang tot de rechter mag worden geweigerd omdat deze — niet in staat zijnde tot behoorlijke waarneming van zijn belangen — alle termijnen voor het aanwenden van rechtsmiddelen e.d. had laten verlopen (antwoord: nee, dat mag niet).
- [13.] 'Summary proceedings' bestaan in de angelsaksische jurisdicties in een veelheid aan vormen. Ik denk dat het EHRM hier doelt op de rechtsgang waarbij wordt vastgesteld dat er geen 'arguable case' voor de verweerder (of de eiser) is, en dat daarom kan worden beslist zonder dat 'full trial' plaatsvindt.
- [14.] Ik noem als voor de hand liggende voorbeelden de stappen die steeds 'ex parte' plegen te worden ingeleid (zoals in Nederland het conservatoir beslag; in de Franstalige jurisdicties behalve beslag ook de 'saisie- description'; in de Duitstalige jurisdicties de 'einstweilige Verfügung'; in de Angelsaksische jurisdicties de Mareva- en Anton Piller-orders.). Een voorbeeld uit de rechtspraak van het EHRM levert de vertrouwelijke inwinning en verwerking van informatie door veiligheidsorganen e.d. op, zie o.a. EHRM 6 september 1978, Appl. nr. 5029/71 (*Klass c.s./BRD*), r.o. 55 en 68.
- [15.] Zie ook r.o. 157 van EHRM 20 juli 2010, Appl. nr. 4900/06 (*A/Nederland*); r.o. 58 van EHRM 26 april 2007, Appl. nr. 25389/05 (*Gebremedhin/Frankrijk*) en r.o. 444-448 van EHRM 12 april 2005, Appl. nr. 36378/02 (*Shamayev c.s./Georgië en Rusland*).
- [16.] Of, luidens het *Shamayev*-arrest (zie de vorige noot), r.o. 448: 'close scrutiny'. EHRM 21 januari 2011, Appl. nr. 30696/09 (*M.S.S./België en Griekenland*) (ook een zaak betreffende dreigende onmenselijke behandeling), r.o. 387, spreekt van 'close and rigorous scrutiny'.

- [17.] Zie hierover ook Jacobs, White and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 2010, p. 134-135; Van Dijk c.s., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006, hfdst. 32.3; Vande Lanotte c.s., *Handboek EVRM Deel 2*, 2004, p. 91 e.v.
- [18.] Ik merk nog op dat de aannemelijkheid van de aanspraken van de betrokkene ook van belang kan zijn voor de beoordeling, of de beoogde maatregelen inhoudelijk beantwoorden aan het proportionaliteitsvereiste dat o.a. in art. 8 lid 2 EVRM tot uitdrukking komt. Zoals het in EHRM (Grote Kamer) 18 januari 2001, Appl. nr. 27238/95 (*Chapman/VK*), in r.o. 102 wordt gezegd: "When considering whether a requirement that the individual leave his or her home is proportionate to the legitimate aim pursued, it is highly relevant whether or not the home was established unlawfully. If the home was lawfully established, this factor would self-evidently be something which would weigh against the legitimacy of requiring the individual to move. Conversely, if the establishment of the home in a particular place was unlawful, the position of the individual objecting to an order to move is less strong. The Court will be slow to grant protection to those who, in conscious defiance of the prohibitions of the law, establish a home on an environmentally protected site. For the Court to do otherwise would be to encourage illegal action to the detriment of the protection of the environmental rights of other people in the community."
- [19.] Jacobs, White and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 2010, p. 136-138; Vande Lanotte c.s., *Handboek EVRM Deel 2*, 2004, p. 105 e.v., in het bijzonder nr. 39-43 (zie over de vraag wanneer de eis van opschortende werking mag worden gesteld nr. 43).
- [20.] Van de kant van de Staat is dan ook betoogd dat het OM deze drie gegevens bij de toepassing van 'strafrechtelijke ontruiming' pleegt vast te stellen; en ik denk dat het hof dat ook als premisse heeft aanvaard. In elk geval lijkt het mij geoorloofd, dit in cassatie als werkhypothese te aanvaarden.
- [21.] Wat het beoordelingskader betreft wijs ik er nog op dat de rechtspraak van het EHRM de indruk kan wekken, dat in dat gremium de mogelijkheid van 'onomkeerbaarheid' al betrekkelijk snel in de beoordeling wordt betrokken. Een voorbeeld levert het in alinea's 22 e.v. hiervóór besproken *Conka*-arrest op. Daar ging het om de uitzetting van 'illegale' vreemdelingen uit België, naar Slowakije. Men zou licht kunnen denken dat dan geen 'onomkeerbare' stap aan de orde is — maar het EHRM verwijst in r.o. 79 van dit arrest wél naar die mogelijkheid.
- [22.] In de schriftelijke toelichting namens de Staat wordt meegedeeld dat het OM nu geconfronteerd wordt met veel zaken in kort geding, waarin tegen voorgenomen ontruiming op de voet van art. 551a Sv bezwaar wordt gemaakt. Nog daargelaten dat een feitelijke mededeling als deze in de beoordeling in cassatie buiten beschouwing moet blijven — ik zie niet in waarom, wanneer er in cassatie geoordeeld zou worden dat er géén aanspraak bestaat op de rechtsgang zoals het hof die heeft 'voorgeschreven', te verwachten zou zijn dat degenen die nu zaken in kort geding aanhangig maken, dat in die andere constellatie achterwege zouden laten.
- [23.] Zie ook EHRM 26 april 2007, Appl. nr. 25389/05 (*Gebremedhin/Frankrijk*), r.o. 66.
- [25.] HR 8 april 2011, LJN BP4023, r.o. 3.7.2; HR 25 maart 2011, LJN BO9675, r.o. 3.3; HR 28 januari 2011, NJ 2011/167, m.nt. Van Schilfgaarde, r.o. 3.11; HR 10 september 2010, LJN BM6086, r.o. 3.4.2; Asser *Procesrecht/Bakels*, Hammerstein & Wesseling-Van Gent 4, 2009, nr. 105 en 117; Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen*, 2005, nr. 103, 121, 169; Ras-Hammerstein, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, 2004, nr. 40.
- [26.] Dat geldt bijvoorbeeld voor alinea 1.5 van de pleitnoa namens de Staat in hoger beroep, gelezen in verband met de alinea's 1.2 en 1.3 van de pleitnota namens de Staat in de eerste aanleg, waarnaar in de aangehaalde alinea 1.5 in appel wordt verwezen. In alinea 2 van de pleitnota in eerste aanleg, waarnaar dit middelonderdeel mede verwijst, lees ik niets dat aan het gestelde in de aangehaalde alinea's (op dit punt) afdoet — en dus zeker niet iets dat het hof tot nadere beschouwingen op dit punt zou hebben verplicht. Alinea 4.3 van de pleitnota in eerste aanleg bevat een (wat mij betreft niet volledig duidelijke) beschouwing op basis van de premisse dat de vorderingen van verweerder c.s. zouden worden afgewezen. (Al) omdat aan die premisse niet was voldaan, hoefde het hof hieraan geen aandacht te besteden.
- [27.] Zie voetnoot 25.
- [28.] In het arrest EHRM 19 december 1989, Appl. nr. 10522/83 e.a., (*Mellacher c.s./Oostenrijk*), waarop verweerder c.s. in subonderdeel 2.2 een beroep doen, staat het dan ook in r.o. 47 zo geformuleerd, dat "... the explanations given for the legislation in question are not such as could be characterised as being manifestly unreasonable." Ik wijs er wel op dat het in dit arrest ging om (beweerde) inbreuk op art. 1 Eerste

Protocol bij het EVRM, en dat de 'margin of appreciation' als het gaat om dergelijke inbreuken, gewoonlijk ruimer pleegt te worden 'genomen', dan het geval is bij daadwerkelijk ingrijpende beperkingen van de door art. 8 EVRM gewaarborgde rechten. Zie intussen ook EHRM 28 juli 1999, Appl. nr. 22774/93 (*Saffi/Italië*), r.o. 49: "In spheres such as housing, which plays a central role in the welfare and economic policies of modern societies, the Court will respect the legislature's judgment as to what is in the general interest unless that judgment is manifestly without reasonable foundation (see the *Mellacher and Others v. Austria* judgment of 19 December 1989, Series A no. 169, p. 27, § 48, and *Chassagnou and Others v. France* [GC], nos. 25088/94, 28331/95 and 28443/95, § 75, ECHR 1999-III)". Deze overweging lijkt mij ook voor wetgeving met betrekking tot 'kraken' rechtstreeks toepasselijk. In overeenkomstige zin EHRM (Grote kamer) 8 juli 2003, Appl. nr. 36022/97 (*Hatton c.s./VK*), r.o. 97, in een zaak die wel mogelijke inbreuk op art. 8 EVRM betrof.

- [29.] Trefwoord: 'voor je beurt gaan'.
- [30.] Volledigheidshalve voeg ik toe dat het mij niet dadelijk aannemelijk lijkt verweerder c.s. een juiste (laat staan: de enig juiste) afweging van de relevante maatschappelijke factoren verdedigen. Wat dat betreft zou het verweerder c.s. niet hoeven te spijten, dat deze beoordeling in dit cassatiegeding niet kan plaatshebben.
- [31.] Zie, naast veel andere beslissingen, EHRM 14 september 2010, Appl. nr. 38224/03 (*Sanoma/Nederland*) (NJ 2011/230, m.nt. Dommering en Schalken), r.o. 81-83,
- [32.] Het omgekeerde is soms wel het geval: bij onduidelijke bevoegdheden, die daardoor tot op zekere hoogte naar goedgevoelen van het desbetreffende Overheidsorgaan (of, negatief geformuleerd: naar willekeur) kunnen worden ingezet en waarvan, vanwege de bedoelde onduidelijkheid, moeilijk valt na te gaan of de inzet met de parameters voor toepassing van de bevoegdheid spoort, kan geredelijk gelden dat de desbetreffende maatregelen niet als 'bij de wet ... voorzien' kunnen gelden. Dat geval doet zich echter in deze zaak niet voor.
- [33.] Zie de in voetnoot 19 aangehaalde bronnen.
- [34.] Het gaat hier om een van de meest wezenlijke inbreuken op de mensenrechten die het EVRM erkent; de maatregel in kwestie (bijna altijd: uitzetting van een vreemdeling) heeft naar zijn aard een beperkte urgentie; en de vaststelling van de voor de beoordeling relevante gegevens zal vaak aanzienlijke problemen oproepen.
- [35.] Ik herinner in dit verband aan de in voetnoot 6 aangehaalde rechtspraak, waarin wordt gewezen op de verantwoordelijkheid van de Overheid bij het waarborgen van de aanspraak op respect voor 'property'; en aan het feit dat het hier ook het voorkomen van strafbare feiten betreft.
- [36.] Verweerder c.s. halen in dit verband op p. 13, vierde volle alinea, van de schriftelijke toelichtingen twee beslissingen van het EHRM aan. Ik meen dat deze beslissingen voor het daar betoogde geen steun bieden.
- [37.] Men houde in het oog dat het in deze zaak gaat om de vraag, welke aanspraak er bestaat op rechtsbescherming vóór een maatregel die een beperking van het huisrecht inhoudt, mag worden geëffectueerd. Naar Nederlands recht bestaat er een aanzienlijke ruimte om naderhand, dus na een eventuele ontruiming, nog aanspraak op rechtsbescherming te maken. Die rechtsbescherming zal dan in veel gevallen niet kunnen leiden tot 'terugdraaien' van de gemaakte inbreuk op het huisrecht, maar wel tot andere vormen van compensatie. Uiteraard betreft het dan 'remedy' in een minder effectieve vorm; maar bij de beoordeling of er in totaal voldoende rechtsbescherming wordt geboden, komt aan dit gegeven (enig) gewicht toe. Het EHRM overweegt bestendig dat voor de beoordeling of aan art. 13 is voldaan, de gezamenlijk ter beschikking staande 'remedies' in aanmerking kunnen komen: EHRM 26 april 2007, Appl. nr. 25389/05 (*Gebremedhin/Frankrijk*), r.o. 53; EHRM 12 april 2005, Appl. nr. 36378/02 (*Shamayev c.s./Georgië en Rusland*), r.o. 446; EHRM 5 februari 2002, Appl. nr. 51564/99 (*Conka/België*), r.o. 75; Jacobs, White and Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 2010, p. 136; Van Dijk c.s., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006, p. 1006; Vande Lanotte c.s., *Handboek EVRM Deel 2*, 2004, p. 105.
- [38.] Harris, O'Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2009, p. 299 en de daar in voetnoot 922 aangehaalde bronnen.
- [39.] Alinea 2.20 van de conclusie van A-G Langemeijer voor HR 16 juni 2006, *RvdW* 2006/617 (met, in de voorafgaande alinea's, veel bronnenmateriaal).

- [40.] Dat inderdaad twee afzonderlijke strafbare gedragingen zijn bedoeld blijkt uit de wettekst; maar wordt bevestigd door de Parlementaire geschiedenis; zie Kamerstukken II 2007/08, 31 560, nr. 3, p. 29 en Kamerstukken II 2008/09, 31 560, nr. 8, p. 39.
- [41.] Golsong c.s., *Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention* (losbl.), Renzikowski, art. 7, rdnr. 68; Van Dijk c.s., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2006, p. 659.